Ex Libris

La Bibliothèque
Université d'Ottawa
Ottawa, Canada

Gracieusement offert par

Me Rosaire Barrette
302, rue Wilbrod
Ottawa, Ontario.

Le 15 janvier 1953.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

XVIII

PARIS. — IMPRIMERIE DE CH. LAHURE
Rue de Fleurus, 9

KJV
444
.21804
.A7
D454
1860
v.18

TRAITÉ

DES

DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMENTS

PAR

C. DEMOLOMBE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
ANCIEN BÂTONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR IMPÉRIALE DE CAEN
OFFICIER DE LA LÉGION D'HONNEUR.

DEUXIÈME ÉDITION

TOME PREMIER.

PARIS.

AUGUSTE DURAND
LIBRAIRE
RUE DES GRÈS, 7.

L. HACHETTE ET Cie
LIBRAIRES
BOULEVARD SAINT-GERMAIN, 77.

1863.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/coursdecodenapol18demo

S1122

OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS, ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour tous ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de MM. Devilleneuve et Carette est ainsi indiqué : Dev. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais : J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819 ; de Toullier, à l'édition de 1830 et aux notes de M. Duvergier sur l'édition de 1846; de M. Duranton, à l'édition de 1844; de Grenier, à l'édition annotée par M. Bayle-Mouillard.

III. Deux tables se trouvent à la fin de chaque volume :

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon, qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

IV. Chacun des traités dont se compose le *Cours de Code Napoléon*, est, en outre, suivi d'une table analytique et alphabétique.

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE DEUXIÈME.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

EXPOSITION GÉNÉRALE.

SOMMAIRE.

1. — Les donations entre-vifs et les testaments sont des modes d'acquérir et de transmettre la propriété.
2. — Importance de cette matière. — Trois sortes d'intérêts également considérables la recommandaient à la sollicitude du législateur.
3. — A. L'intérêt du disposant lui-même. — Pour quel motif? — Fallait-il lui octroyer le droit de disposer de ses biens à titre gratuit, droit qu'il n'aurait pas eu sans cette concession spéciale? En d'autres termes, la faculté de disposer à titre gratuit n'est-elle pas une conséquence du droit de propriété? — De la donation entre-vifs.
4. — Du testament.
5. — S'il n'appartenait pas au législateur de concéder le droit de disposer à titre gratuit, qui n'émane pas de lui, du moins était-ce son droit ou plutôt son devoir d'en organiser et d'en régler l'exercice. — Explication.
6. — B. L'intérêt des parents du disposant, de sa famille, devait

aussi, dans une certaine mesure, être protégé par le législateur.

7. — C. Enfin, l'intérêt général de la société exigeait également que le législateur intervînt pour réglementer l'exercice de la faculté de disposer à titre gratuit.

8. — Il existe, à beaucoup d'égards, une corrélation intime entre les successions d'une part, et les donations entre-vifs et les testaments d'autre part.

9. — Suite. — Lequel de ces deux sujets devait marcher le premier dans la classification des matières législatives?

10. — De notre ancien droit français.

11. — Du droit intermédiaire.

12. — Le Code Napoléon offre, dans cette matière, comme dans la plupart des autres, ce caractère de transaction et de conciliation qui le distingue généralement.

13. — Distribution générale de ce Titre dans notre Code.

1. — L'article 711 dispose que : « la propriété des « biens s'acquiert et se transmet par succession, par « donation entre-vifs ou testamentaire, et par l'effet « des obligations. »

Nous nous sommes occupé, dans le titre I, *des Successions*.

Nous allons nous occuper maintenant, dans le titre II, *des Donations entre-vifs et des Testaments*.

2. — Trois sortes d'intérêts également considérables appelaient, dans cette matière, l'intervention et la sollicitude du législateur; à savoir :

L'intérêt du disposant lui-même, donateur ou testateur;

L'intérêt de ses parents, de sa famille;

L'intérêt de l'État, de la société tout entière.

3. — A. Et d'abord, il fallait, disons-nous, que le législateur intervînt dans l'intérêt du disposant lui-même.

Mais pourquoi ? Est-ce afin de lui concéder, de lui octroyer le droit de disposer à titre gratuit, droit qu'il n'aurait pas eu sans cette concession spéciale?

Non certainement, suivant nous; car nous n'hési-

tons pas à penser que la faculté de disposer à titre gratuit est une conséquence naturelle et directe du droit de propriété (*voy.* art. 544).

Cette proposition n'est pas contestable, et elle n'a jamais été, en effet, sérieusement contestée, en ce qui concerne la donation entre-vifs : « Nihil enim tam con-« veniens est naturali æquitati, quam voluntatem do-« mini volentis rem suam in alium transferre, ratam « haberi. » (Inst., *De rer. divis.*, § 40; L. 9, § 3, ff. *De adquir. rer. dom.*)

Et cette vérité proclamée par Gaïus et par Justinien, est encore aujourd'hui manifeste!

4. — Mais, au contraire, en ce qui concerne le testament, cette thèse a toujours été fort débattue.

Que ceux-là, qui trouvent l'origine du droit de propriété dans un prétendu *contrat social*, assignent au testament la même origine et le considèrent comme une création positive, plus ou moins précaire, du législateur humain, nous le comprenons; les philosophes de cette école sont en effet, dans tout ceci, fort conséquents avec eux-mêmes!

Mais ce qui nous paraît plus extraordinaire et bien plus regrettable, c'est que des jurisconsultes et des magistrats, qui reconnaissent la véritable origine de la propriété dans les décrets mêmes de la Providence, n'aient, eux aussi, considéré le testament que comme une simple invention de la loi civile.

« Le pouvoir de disposer de nos biens après notre mort, disait l'avocat général Gilbert Des Voisins, ne nous appartient pas naturellement. La mort dépouille les hommes de tout; et ce qu'ils n'ont point exécuté pendant leur vie, leur volonté ne peut le faire après leur mort, si la loi, qui est immortelle, ne prend soin de la faire accomplir. C'est donc proprement la loi qui imprime le caractère et l'autorité aux volontés des dé-

funts, qui autrement seraient caduques. » (Plaidoyer, dans l'affaire de Pommereuil, *Répert.* de Merlin, v° *Testament*, sect. II, § 4, art. 2.)

Nous avons ailleurs constaté aussi l'influence de cette doctrine dans les écrits de Pothier lui-même (*voy.* notre *Traité de la Publication, des effets, et de l'application des lois*, etc., n° 243; comp. Pothier, *des Donations entre-vifs*, article préliminaire, et des *Donations testamentaires*, chap. I, *princip.*).

Et un grand nombre de jurisconsultes moderne parmi les plus illustres, l'ont également suivie (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. II, n° 802; Toullier, t. IV, n° 343; Grenier, *Discours prélim.*, t. I, pag. 30; Demante, t. III, n° 18 *bis*, note 1).

Mais des auteurs d'un grand crédit ont aussi, à toutes les époques, protesté contre ce système, en restituant au testament sa véritable origine et son caractère essentiel (comp. Vinnius, *Inst. de testam. ordin.*; Donneau, *Cod. de Testam.*, n° 7; Barbeyrac sur Puffendorf, t. I, n° 661; Burlamaqui, 4, 9, 12; Furgole, *des Testam.*, chap. I, n° 30; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.*; Laferrière, *Revue du droit franç. et étr.*, t. VI, p. 517 et suiv.).

Notre dessein ne saurait être d'engager ici une controverse philosophique; nous voulons déclarer pourtant que, suivant nous, l'origine du testament est intimement et inséparablement liée à l'origine de la propriété elle-même, et que la faculté de disposer de son bien à titre gratuit, soit entre-vifs, soit par testament, nous paraît être l'un des effets tellement directs du droit de propriété, qu'on ne saurait nier cet effet sans nier nécessairement aussi la cause elle-même, d'où il dérive.

La propriété, nous l'avons vu, ne serait pas du tout,

si elle n'était pas perpétuelle! (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens; de la Propriété, etc.*, t. I, nos 539 et 546.)

Or, qu'est-ce que cette perpétuité, sinon le droit de transmettre à d'autres, après nous, la chose qui nous appartient.

Il est évident, en effet, que la propriété ne serait pas perpétuelle, si elle n'était pas transmissible.

La transmission héréditaire n'est donc pas seulement une conséquence du droit de propriété; elle en est une condition essentielle, sans laquelle la propriété ne pourrait pas remplir les vues de la Providence, qui en a fait le moyen de conservation des familles et le fondement de la sociabilité humaine.

Est-ce que le régime des successions ab intestat n'est pas lui-même, en partie, fondé sur la volonté présumée du défunt? et la meilleure loi n'est-elle pas celle qui, en faisant à l'intérêt politique de la cité, la part qui lui appartient dans cet important règlement, satisfait aussi le mieux aux affections et à la volonté vraisemblable du défunt? (*Voy.* notre *Traité des Successions*, t. I, n° 81.)

N'est-ce donc point là aussi une reconnaissance du droit de tester, comme conséquence du droit de propriété?

C'est que le testament n'est qu'une des formes du droit absolu, qui appartient au propriétaire de disposer de sa chose, et qu'il est même l'un des modes d'exercice de ce droit les plus précieux et les plus sacrés, l'un de ceux qui touchent le plus essentiellement à la liberté de l'homme et de la propriété, comme l'a si bien dit M. Troplong, dans la belle préface de son commentaire du titre *des Donations entre-vifs et des Testaments* (p. cxxxv; *voy.* aussi *Rec. alphab.* de Dalloz, v° *Dispositions entre-vifs, nouv. édit., préam-*

bule, et l'*Introduction historique* de M. Isambert, dans le tome I de M. Saintespès-Lescot, p. XIII et suiv.).

5. — Mais s'il n'appartenait pas au législateur de concéder le droit de disposer à titre gratuit, qui n'émane pas de lui, du moins était-ce son droit ou bien plutôt son devoir d'en organiser et d'en régler l'exercice.

Tel est le véritable but de son intervention ; et dans cette mesure, si large encore et si vaste, on ne saurait trop reconnaître à quel point elle est tout à la fois légitime et nécessaire !

Les dispositions à titre gratuit, par cela même qu'elles nous dépouillent sans compensation, sans équivalent, offrent des dangers d'une nature spéciale, contre lesquels il importait tout d'abord de prémunir le disposant lui-même.

Ces dangers, qui existent dans la donation entre-vifs, sont plus à craindre encore dans le testament, où le disposant n'est pas averti ni protégé par son propre intérêt, puisque cet acte ne lui impose à lui-même aucun sacrifice, et qu'il peut se faire d'ailleurs aux approches de la mort, lorsque la volonté défaillante ne peut plus résister aux obsessions de toutes sortes, dont elle est alors si souvent assiégée !

De là tout un ordre de règles introduites dans l'intérêt du disposant, afin de garantir que la disposition est bien l'œuvre d'une volonté saine et libre, et auxquelles, en effet, les disposants sont les premiers intéressés : *Nec ullorum magis interest quam ipsorum!...* a dit fort justement Justinien (Inst., *De milit. testam.*, § 1).

Telles sont les règles sur les formalités solennelles de la donation entre-vifs et du testament, les règles sur la capacité de disposer et de recevoir.

6. — B. Le législateur devait, assurément, veiller

aussi à la protection de l'intérêt des parents du disposant, de sa famille.

En gênant, le moins possible, la liberté si précieuse qui appartient à l'homme d'exercer des actes de bienfaisance, il était nécessaire pourtant de tenir compte, dans l'exercice de cette liberté, des espérances légitimes de la famille, et des devoirs impérieux de la parenté.

D'abord, il est juste que ceux-là mêmes, parmi les parents du disposant, que celui-ci peut priver de ses biens, n'en soient effectivement privés que par des dispositions qui offrent toutes les garanties désirables; et à ce point de vue, on peut considérer comme introduites aussi dans l'intérêt des parents du disposant, les différentes règles que nous venons de signaler comme introduites dans l'intérêt du disposant lui-même.

Mais, en outre, il y a une certaine classe de parents, que le disposant ne saurait, sans injustice, sans une sorte d'impiété, dépouiller entièrement de ses biens.

Est-ce que, en effet, le législateur pouvait tolérer qu'un ascendant épuisât tout son patrimoine en libéralités sans rien laisser à son enfant! ou qu'un enfant dépouillât entièrement son ascendant de son patrimoine par des dispositions à titre gratuit!

De là tout un ordre de règles introduites dans l'intérêt des parents, à savoir: les règles sur la portion de biens disponible et sur la réduction.

7. — C. Enfin, avons-nous dit (*supra,* n° 2), l'intérêt général de la société exigeait également que le législateur intervînt pour réglementer l'exercice de la faculté de disposer à titre gratuit.

On pourrait remarquer d'abord qu'il importe à la bonne harmonie de l'État que le législateur favorise l'essor et la libre expansion des sentiments de libé-

ralité, qui sont si propres à cimenter l'union et la concorde entre les citoyens. Cette considération a sa valeur sans doute; mais elle n'est pas ici la seule, à beaucoup près, ni la plus importante. Il faut même reconnaître que la tendance de notre législation française, à toutes les époques, paraîtrait avoir été de restreindre plutôt que d'étendre la faculté de disposer à titre gratuit; les donations y ont toujours été considérées *comme de droit étroit, préjudiciables aux familles, et auxquelles, par cette raison, on ne donne pas d'extension* (Eusèbe de Laurière, *Inst. cout. de Loisel*, liv. IV, tit. IV, *princ.*).

C'est, en effet, surtout afin d'en prévenir les excès et les écarts, que le législateur avait le devoir, au point de vue de l'intérêt social, de régler la faculté de disposer à titre gratuit.

Il fallait d'abord empêcher qu'elle ne devînt, entre les mains des disposants, une arme redoutable contre les principes politiques de l'État et contre les bases mêmes sur lesquelles sa constitution repose.

De là, par exemple, les règles sur les substitutions, c'est-à-dire sur une espèce de dispositions qui tendraient à faire revivre, dans les familles, les priviléges de masculinité et de primogéniture, au détriment de ce grand principe d'égalité, qui est aujourd'hui le fondement inébranlable de notre système de successions.

C'est également à cet intérêt politique et social que l'on peut rattacher l'établissement des réserves; il est très-vrai sans doute, comme nous venons de le dire (*supra*, n° 6), que la réserve a été établie dans l'intérêt particulier de ceux des parents auxquels elle est attribuée; mais, à un point de vue plus élevé, elle apparaît comme une institution d'intérêt général, dont le but est de maintenir toujours, dans une convenable

mesure, la transmission héréditaire des biens, qui est le moyen le plus énergique de la conservation des familles, et par conséquent de la conservation de la société elle-même tout entière.

8. — Cet exposé démontre suffisamment la corrélation qui existe, à beaucoup d'égards, entre les *successions* d'une part, et les *donations entre-vifs et les testaments* d'autre part, et que plus d'un lien de solidarité unit, entre elles, ces deux importantes matières.

C'est principalement en ce qui concerne la théorie de la portion de biens disponible et de la réduction, que cette intimité de nos deux sujets se manifeste!

Déjà, nous avons, à plusieurs reprises, dans notre *Traité des Successions,* constaté la vérité de cette observation (comp. le tome IV, n°s 148 et suiv.; n°s 168, 251, 258, 254, 399, 400).

Et ce *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments* va la mettre bien plus en relief encore!

9. — La solidarité de ces deux matières, et par suite la réaction réciproque des principes qui gouvernent l'une, sur les principes qui gouvernent l'autre, a existé dans tous les temps; car elle est essentielle.

Aussi, les voyons-nous toujours ensemble, marchant l'une après l'autre dans la classification des matières législatives.

Mais laquelle doit marcher la première?

La réponse à cette question dépend des mœurs, des institutions, du génie particulier des différents peuples.

Les Romains avaient placé l'hérédité testamentaire avant l'hérédité légitime; parce que, en effet, comme nous l'avons vu, d'après les mœurs et les idées romaines, c'était une sorte de déshonneur de mourir

intestatus (comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 80).

Très-différentes sont nos idées et nos mœurs françaises!

Il est vrai que la coutume de Paris avait mis aussi *la donation et le testament* (titres XIII et XIV) avant *la succession* (titre XV).

Mais on peut dire que c'était là un défaut de méthode; et le législateur du Code Napoléon nous paraît avoir classé les matières d'une manière beaucoup plus exacte et plus conforme au génie de notre nation, en plaçant, au contraire, *la succession* avant *la donation entre-vifs et le testament* (comp. notre *Traité des Successions*, *loc. supra cit.*, n° 81).

10. — Les deux législations différentes, qui partageaient la France autrefois comme en deux zones, se trouvaient en présence sur cette matière comme sur toutes les autres.

Les provinces de droit écrit suivaient les règles du droit romain plus ou moins modifiées.

Les provinces coutumières suivaient un grand nombre de coutumes diverses.

Toutefois, quelques-unes des parties de cette vaste matière avaient été l'objet d'Ordonnances, qui étaient obligatoires pour tout le royaume, et qui avaient ainsi préparé les bases d'une législation uniforme.

Telles étaient notamment:

L'Ordonnance du mois de février 1731 sur les donations, à laquelle se rattachaient la déclaration du 17 février 1731 et les lettres patentes du 3 juillet 1769, concernant la formalité de l'insinuation;

L'Ordonnance du mois d'août 1735 sur les testaments;

L'Ordonnance de 1747 sur les substitutions.

Nous aurons plus d'une fois l'occasion d'arrêter nos

regards sur ces importants monuments de l'histoire de notre législation civile.

11. — La législation intermédiaire, de 1789 à 1804, marqua profondément aussi de son empreinte quelques parties de notre sujet.

Nous avons déjà rappelé ailleurs les règles que la loi du 17 nivôse an II avait posées sur la quotité disponible (comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, nos 161, 399, 400, etc.).

Loi célèbre, à laquelle nous aurons plus d'une fois à recourir, et qui, en réunissant dans un seul et même Décret les *donations* et les *successions*, a prouvé mieux qu'aucune autre, l'intime corrélation et la solidarité que nous avons signalées entre ces deux matières (*supra*, n° 9).

Nous avons en même temps rappelé aussi (*loc. supra cit.*) que la loi du 17 nivôse an II avait été abrogée elle-même par la loi du 4 germinal an VIII.

Il faut mentionner également comme l'un des actes législatifs les plus considérables de cette époque intermédiaire, la loi du 14 novembre 1792 sur les substitutions.

12. — Le législateur du Code Napoléon a puisé, dans toutes ces sources diverses, les éléments de la loi nouvelle et complète, qu'il a faite sur cette matière; et l'on peut dire, en effet, que cette loi porte aussi, dans la plupart de ses dispositions, ce caractère de transaction, qui distingue le Code Napoléon tout entier.

C'est ainsi, par exemple, que les rédacteurs de notre titre ont emprunté à l'Ordonnance de 1731 la plupart des règles qu'ils ont édictées sur les donations entre-vifs, en les complétant ou en les modifiant par des règles empruntées soit au droit romain, soit au droit coutumier.

Pareillement, en même temps qu'ils reproduisaient, en grande partie, les dispositions de l'Ordonnance

de 1735, relativement aux solennités spéciales des testaments, ils empruntaient tant au droit écrit qu'au droit coutumier, les différents modes d'après lesquels il est permis de tester.

Nous avons eu déjà l'occasion d'indiquer ailleurs le parti qu'ils ont pris, sur un autre point fort important, entre le droit écrit, qui avait maintenu l'institution d'héritier des Romains, et le droit coutumier, dont c'était, au contraire, la maxime qu'*institution d'héritier n'a point lieu!* (Comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 80.)

Et l'on peut se rappeler aussi que, en traitant des rapports, nous avons par avance entrevu les principes, que nous devions retrouver plus tard dans le titre *des Donations entre-vifs et des Testaments*, sur la quotité disponible et sur la réduction (comp. *loc. supra cit.*, t. IV, n°s 162 et suiv., et 257 et suiv.).

L'heure est venue maintenant d'aborder spécialement, dans ce titre lui-même, les différentes parties de cette vaste matière.

13. — Le titre, dans lequel nous entrons, est composé de neuf chapitres.

Et l'on peut y découvrir une distribution générale de toute cette matière, en quatre grandes parties :

Dans la première partie, le législateur s'occupe, en même temps, des donations entre-vifs et des testaments, pour poser des principes qui sont, pour la plupart, applicables, en général, à l'un et à l'autre mode de disposition ; c'est l'objet des chapitres I, II et III ;

Dans la seconde partie, le législateur s'occupe spécialement des donations entre-vifs; c'est l'objet du chapitre IV ;

Dans la troisième partie, il s'occupe spécialement des testaments ; c'est l'objet du chapitre V ;

Enfin, la quatrième partie est consacrée à certaines espèces de dispositions particulières qui, à raison de leur caractère et de leur importance, ont paru au législateur mériter qu'il en posât spécialement les règles; cette partie comprend :

1° Les substitutions permises (chap. VI);

2° Les partages d'ascendants (chap. VII);

3° Les donations faites par des tiers aux époux par contrat de mariage, ou par l'un des époux à l'autre, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage (chap. VIII et IX).

Ce plan nous paraît bien conçu; et nous en approuvons, pour notre part, l'ordonnance générale.

On a reproché toutefois aux rédacteurs de notre Code d'avoir réuni, dans un seul titre, les règles si différentes des donations entre-vifs et des testaments.

Il est vrai que ces règles sont, en beaucoup de points, très-différentes, et que les législations antérieures les avaient, en effet, séparées les unes des autres.

Mais aussi, l'un et l'autre mode de disposer sont soumis à plusieurs règles communes, et des plus importantes.

Il y avait donc possibilité de les réunir, en faisant à chacun d'eux la part des règles particulières, qui lui sont propres, pour rallier ensuite les règles qui leur sont communes.

Telle est la méthode que les auteurs du Code Napoléon ont adoptée; et cette méthode était, suivant nous, la meilleure.

Nous nous y conformerons exactement.

PREMIÈRE PARTIE

COMPRENANT ENSEMBLE LES DONATIONS ENTRE-VIFS ET LES TESTAMENTS.

SOMMAIRE.

14. — Division.

14. — Cette première partie de notre titre se rapporte aux trois points principaux que voici :

I. A la manière dont on peut disposer de ses biens à titre gratuit (chap. I) ;

II. Aux personnes qui peuvent disposer ou recevoir (chap. II) ;

III. Aux biens dont on peut disposer (chap. III).

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES RELATIVES A LA MANIÈRE DONT ON PEUT DISPOSER A TITRE GRATUIT.

SOMMAIRE.

15. — Division.

15. — Nous venons de dire (*supra*, n° 14) que ce chapitre I est relatif à la manière dont on peut disposer de ses biens à titre gratuit.

Les règles qu'il pose à cet égard, sont de deux sortes :

A. Les unes ont trait principalement à *la forme* des dispositions;

B. Les autres ont trait principalement *au fond*, c'est-à-dire au caractère intrinsèque des dispositions elles-mêmes.

A. — *De la forme suivant laquelle on peut disposer de ses biens à titre gratuit.*

SOMMAIRE.

16. — On ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que de deux manières, à savoir : soit par donation entre-vifs, soit par testament.
17. — Suite.
18. — I. Définition de la donation entre-vifs. — Ses caractères généraux.
19. — 1° Il faut que le donataire accepte l'offre du donateur.
20. — En doit-on conclure que la donation entre-vifs est un contrat?
21. — Suite.
22. — 2° Il faut que le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée au profit du donataire.
23. — Ce n'est pas à dire toutefois que le donateur doive livrer, en effet, au donataire la possession même de la chose donnée.
24. — Suite. — Explication de la règle : Donner et retenir ne vaut.
25. — Quel est le fondement philosophique de cette règle? et par quels motifs peut-elle être expliquée?
26. — Suite.
27. — II. Définition du testament. — Ses caractères généraux.
28. — 1° Le testament est l'œuvre de la seule volonté du testateur.
29. — Quel serait le résultat de l'intervention du légataire dans le testament, et de l'acceptation qu'il en aurait faite? — Renvoi.
30. — 2° Le testament n'a d'effet qu'après la mort du testateur; et il peut toujours être révoqué.
31. — Comparaison des caractères généraux des donations entre-vifs et du testament.
32. — Suite.
33. — Toute manière de disposer à titre gratuit, qui ne constitue pas soit une donation entre-vifs, soit un testament, d'après les définitions qui précèdent, est aujourd'hui défendue. — Application de cette règle à certaines manières de disposer à titre gratuit, qui existaient autrefois.
34. — A. De la donation à cause de mort. — En droit romain.
35. — Dans notre ancienne jurisprudence.
36. — Suite.

37. — Suite.
38. — Suite. — L'Ordonnance de 1731 avait-elle aboli les donations à cause de mort? — *Quid*, de l'Ordonnance de 1735?
39. — La donation à cause de mort n'existe plus, sous notre Code, comme mode distinct et spécial de disposition à titre gratuit.
40. — Dans quels cas une libéralité devra-t-elle être considérée comme une donation à cause de mort et déclarée nulle par ce motif?
41. — Le Code Napoléon n'a-t-il pas admis quelques-uns des caractères de la donation à cause de mort dans certaines des donations qu'il autorise par contrat de mariage? — Renvoi.
42. — B. De la démission de biens.
43. — Suite. — La démission de biens, avec les caractères qu'elle avait dans notre ancien droit, n'existe plus dans notre Code.
44. — C. Du partage d'ascendants. — Observations. — Renvoi.
45. — D. De l'institution contractuelle.
46. — E. Du codicille. — De la clause codicillaire.
47. — Les formes solennelles soit de la donation entre-vifs, soit du testament, ne sont d'ailleurs, bien entendu, requises que pour les dispositions qui constituent des libéralités et qui sont à titre gratuit.
48. — Il ne faut pas toutefois confondre les dispositions à titre gratuit proprement dites avec les simples contrats de bienfaisance.

16. — L'article 893 est ainsi conçu :

« On ne pourra disposer de ses biens, à titre gra-
« tuit, que par donation entre-vifs ou par testament,
« dans les formes ci-après établies. »

Ainsi voilà, en ce qui concerne la forme, une règle très-simple et très-nette :

Notre Code ne reconnaît que deux modes de dispositions à titre gratuit : la donation entre-vifs et le testament.

Et c'est l'un ou l'autre de ces modes que doit nécessairement employer celui qui veut disposer à titre gratuit de ses biens, c'est-à-dire soit de tout ou partie de son patrimoine, soit des objets particuliers qui en dépendent.

Déjà Pothier avait écrit que :

« Nous n'admettons, dans le droit français, que deux formes de disposer de nos biens à titre gratuit : la donation entre-vifs et la testamentaire, » et il citait l'Or-

donnance de 1731, article 3 (*des Donations entre-vifs*, art. prélim.).

Nous verrons toutefois que l'article 3 de l'Ordonnance n'était pas aussi précis que notre article 893, et qu'il avait laissé subsister certains modes de disposition mixtes et pour ainsi dire intermédiaires, qui sont au contraire aujourd'hui supprimés (*infra*, n°s 33 et suiv.).

17. — C'est même afin de distinguer nettement les deux modes, qui seraient seuls désormais permis, d'avec les autres modes, qui seraient défendus, que les rédacteurs du Code ont cru devoir poser tout d'abord, à grands traits, la définition générale de la donation entre-vifs et du testament, dans les articles 894 et 895.

Nous allons donc exposer aussi d'abord les caractères essentiels et distinctifs, soit de la donation entre-vifs, soit du testament, en évitant de nous engager ici, par avance, dans des explications prématurées; car un chapitre spécial est consacré à chacun de ces modes de disposer; et c'est à ces chapitres, que le législateur lui-même a renvoyé le développement des règles qui les gouvernent (chap. IV, *des Donations entre-vifs;* chap. V, *des Dispositions testamentaires*).

Il ne s'agit, pour le moment, que de mettre en relief les traits principaux de la donation entre-vifs et du testament, afin de pouvoir discerner, parmi les manières de disposer à titre gratuit, lesquelles sont autorisées, lesquelles au contraire sont interdites.

Toute manière de disposer, qui constituera, d'après les définitions qui vont suivre, soit une donation entre-vifs, soit un testament, sera autorisée.

Toute manière de disposer que l'on ne pourrait faire rentrer ni dans l'une ni dans l'autre de ces définitions, sera au contraire interdite.

Eh bien! donc, voyons quels sont les traits dis-

tinctifs, soit de la donation entre-vifs, soit du testament.

18. — I. Aux termes de l'article 894 :

« La donation entre-vifs est un acte par lequel le « donateur se dépouille actuellement et irrévocable- « ment de la chose donnée, en faveur du donataire qui « l'accepte. »

De ce texte on peut conclure que deux conditions principales caractérisent essentiellement la donation entre-vifs, à savoir :

1° L'acceptation par le donataire de l'offre du donateur;

2° Le dépouillement actuel et irrévocable du donateur, au profit du donataire.

19. — 1° Et d'abord, il faut que le donataire accepte; et nous verrons même que son acceptation doit être expresse (art. 932).

Jusque-là, l'offre du donateur ne constitue qu'une simple pollicitation qu'il peut toujours retirer seul, puisqu'elle n'émane que de lui seul.

C'est-à-dire, que la donation ne se forme que par le concours des volontés de celui qui donne et de celui qui reçoit.

20. — Aussi l'article 1 du projet de l'an VIII (de la commission du gouvernement) était-il ainsi conçu :

La donation entre-vifs est un contrat par lequel, etc. (comp. Fenet, t. XII, p. 261).

Mais cette rédaction fut changée, par suite d'une observation du Premier Consul, qui dit que *le contrat impose des charges mutuelles aux deux contractants ; qu'ainsi cette expression ne peut convenir à la donation* (Fenet, *loc. supra*).

Aucune réponse ne fut faite à cette observation; une discussion tout à fait incidente s'éleva seulement, à cette occasion, dans le conseil d'État, sur les inconvé-

nients ou les avantages que les définitions peuvent présenter dans un Code ; et puis, le mot *acte* fut substitué au mot *contrat*, sans que ce changement lui-même ait été motivé ni expliqué.

En faut-il donc conclure que la donation entre-vifs n'est pas un contrat ?

Cette question est ancienne ; et il y a longtemps qu'elle est controversée entre les jurisconsultes.

Le président Favre a soutenu, en effet, que la donation entre-vifs n'est pas un contrat (*De error. pragmatic.*, décad. 45, error 8) ; et tel a été aussi le sentiment de Furgole (*Quest. sur les Donations*, quest. 1, n° 32, et quest. 8, n° 1 ; *Comm. de l'Ord. de* 1731, art. 5 et 18).

Mais la doctrine contraire a été enseignée par d'autres jurisconsultes non moins considérables, et notamment par Ricard (*des Donat.*, part. I, n°s 835-846), et par Pothier (*des Donat. entre-vifs*, art. prélim., et *Introduct. à la cout. d'Orléans*, tit. xv, n°s 1-4).

Nous n'hésitons pas à penser que cette doctrine est la seule juridique :

Qu'est-ce, en effet, qu'un contrat ? c'est une convention, qui a pour objet, soit de produire une obligation, soit de transférer un droit de propriété (arg. des articles 711, 1101, 1138) ;

Or, la donation entre-vifs est une convention, qui a pour objet soit d'obliger le donateur envers le donataire, soit de transférer au donataire la propriété d'une chose appartenant au donateur ;

Donc, la donation entre-vifs est un contrat.

Ce syllogisme nous paraît sans réplique ; et on peut voir, en effet, que les lois romaines considéraient aussi la donation comme un contrat (L. 7, Cod. *De his quæ vi metuve ;* L. 8, Cod. *De præscript. trig. vel quadr. ann.*).

On objecte que la donation entre-vifs n'impose pas des charges mutuelles aux deux parties !

D'abord, on peut supposer que la donation entre-vifs, sans perdre son caractère, impose au contraire, comme il arrive très-souvent, certaines charges au donataire ; et dans ce cas, du moins, l'objection serait déjà inexacte ; car nous établirons plus tard que ces charges sont en effet obligatoires pour le donataire, qui s'y est soumis, en acceptant la donation, et que par conséquent la donation entre-vifs constitue alors un contrat synallagmatique (art. 1102).

En outre, et lors même que la donation est pure et simple, tout ce qui résulte de l'objection, c'est que la donation entre-vifs est un contrat unilatéral et non pas certes qu'elle n'est pas du tout un contrat (art. 1103).

21. — Ceci démontre, suivant nous, que dans cette controverse, on a souvent confondu les conditions constitutives d'une donation entre-vifs avec les effets que cette donation peut produire.

S'agit-il d'apprécier la donation entre-vifs au point de vue des conditions nécessaires pour qu'elle puisse se former ?

Il nous paraît évident qu'elle est un contrat, puisqu'elle ne peut se former, comme tous les contrats, que par le concours des volontés du donateur et du donataire.

S'agit-il d'apprécier les effets propres et particuliers de la donation entre-vifs ?

Oh ! alors, nous reconnaissons nous-même que, à ce point de vue, elle est un contrat d'une espèce toute spéciale, et qui ne doit pas être confondu avec les autres contrats, dont le Code Napoléon s'est occupé dans le titre *des Contrats et des obligations conventionnelles en général.*

Le donataire, par exemple, peut-il renoncer à la donation entre-vifs, après l'avoir acceptée ?

Faut-il, à cet égard, distinguer si la donation entre-vifs est pure et simple, ou si elle a été faite sous la condition de certaines charges ?

C'est là une tout autre question, et nous nous réservons de la traiter quand le moment sera venu.

Mais lors même que l'on déciderait, comme nous le déciderons en effet, pour notre part, que le donataire peut renoncer à la donation, quand elle est pure et simple, il ne s'ensuivrait nullement que la donation ne se forme pas par un contrat.

Et pourtant, il est certain que c'est sous l'influence de cette idée que s'est engagée, dès l'origine, l'ancienne controverse que nous venons de rappeler, et que plus récemment dans le conseil d'État, le mot *acte* a été substitué, dans la rédaction définitive, au mot *contrat*, qui se trouvait dans le projet ; on pourra donc invoquer ce changement à l'appui de la thèse, qui consiste à soutenir que le donataire peut renoncer à la donation entre-vifs, lorsqu'elle est pure et simple ; et sous ce rapport, ce changement a eu son importance, et peut-être aussi sa raison d'être.

Ce que nous demandons seulement, c'est qu'on n'en induise pas, contrairement aux principes les plus essentiels du droit, que la donation entre-vifs n'est pas un contrat ! (Comp. Toullier, t. III, n° 4 ; Duranton, t. VIII, n° 13 ; Grenier, t. I, n°s 76 et suiv. ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 416 ; Massé et Vergé, t. III, p. 12 ; Troplong, t. I, n°s 57-61 ; Demante, t. IV, n° 4 *bis*, I.)

22. — 2° Le dépouillement actuel et irrévocable du donateur au profit du donataire, tel est le second caractère distinctif et essentiel de la donation entre-vifs (*supra*, n° 18).

« Hæc proprie donatio appellatur, cum dat aliquis « ea mente ut STATIM velit accipientis fieri, » disait Ulpien (L. 1, ff. *de Donationibus*).

Mais c'est surtout par nos anciennes coutumes françaises, que ce caractère a été très-énergiquement imprimé à la donation entre-vifs; et il y était en effet formulé dans une disposition qui est restée comme l'un des plus célèbres adages de cette matière :

« *Donner et retenir ne vaut !* » (comp. cout. de Paris, art. 273; d'Orléans, art. 283; de Champagne, art. 44; de Nivernais, art. 1, du tit. XXVII; Loysel, *Inst. cout.*, liv. IV, tit. IV, règle 5, édit. Dupin et Laboulaye.)

C'est-à-dire qu'il est indispensable que dès l'instant où la donation entre-vifs s'accomplit, le donateur soit dessaisi de manière à ne pouvoir plus se repentir.

Il faut, en un mot, qu'il préfère résolûment le donataire à lui même ! et que celui-ci, une fois qu'il a était saisi, ne puisse plus être désormais dessaisi par un changement de volonté de la part du donateur.

A ce point de vue, il existe, entre les deux mots de notre article 894 : *actuellement* et *irrévocablement*, une étroite corrélation ; et l'on peut dire qu'ils expriment tous les deux la même idée, en ce sens que l'*irrévocabilité* du dépouillement du donateur est la condition essentielle de l'*actualité* de ce dépouillement, qui ne serait pas, en effet, actuel au moment où la donation s'accomplit, s'il n'était pas aussi irrévocable à ce moment même !

23. — De ce que l'article 894 dispose que la donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur *se dépouille de la chose donnée*, on ne doit pas d'ailleurs conclure qu'il soit nécessaire que le donateur livre au donataire, la possession même de cette chose.

Il est vrai que cette condition était, comme nous le verrons bientôt, exigée dans notre ancien droit; et peut-

être la forme de la rédaction de l'article 894 en est-elle encore un vestige.

Mais tel n'est pourtant, en aucune manière, le sens de cet article (comp., art. 938, 949, etc.).

Ce qu'il signifie seulement, c'est que le donateur doit se dépouiller actuellement et irrévocablement de ce qui fait l'objet de la donation, quel que soit d'ailleurs cet objet : droit réel ou droit personnel, pur et simple, conditionnel ou à terme ; afin que l'objet donné soit, en effet, actuellement et irrévocablement acquis au donataire, de la manière dont il peut lui être acquis en raison de sa nature, avec les conditions ou les modalités qui le constituent.

Une seule chose est défendue, c'est que l'objet donné, quel qu'il soit, puisse être directement ou indirectement repris, en tout ou en partie, par la volonté du donateur.

Voilà en quel sens le donateur ne peut pas, en le donnant, le retenir, en ce sens qu'il ne peut pas se réserver, de quelque manière que ce soit, le moyen de reprendre ce qu'il a donné.

24. — Il est bien clair, en effet, que la règle du dépouillement actuel et irrévocable ne saurait être entendue en ce sens que la donation entre-vifs ne pourrait comprendre que des biens en pleine propriété, et qu'elle ne serait susceptible d'admettre aucune condition casuelle, suspensive ou résolutoire, ni aucun terme !

Non certes ! et c'est uniquement contre les conditions potestatives qui mettraient le sort de la donation dans la dépendance de la volonté future du donateur, que cette règle a été établie.

« *La loi ne désirant autre chose*, disait Ricard, *sinon que la révocation ne dépende pas de la volonté du donateur.* » (*Des Donat.*, n° 1044.)

25. — Mais quel est le fondement philosophique de cette règle ? et par quels motifs peut-elle être expliquée ?

La réponse à cette question ne semble pas d'abord facile; car, enfin, ne vaudrait-il pas mieux encore, pour le donataire, recevoir un droit plus ou moins révocable que de ne rien recevoir du tout ? Quel principe donc s'oppose à ce qu'il le reçoive ainsi, dès qu'il y consent ? et pourquoi, par exemple, une personne ne pourrait-elle pas faire une donation entre-vifs sous la condition qu'elle reprendra l'objet donné, si elle se marie ?

Guy-Coquille fournit à ce propos une assez curieuse explication que voici :

« Toutes les coutumes de France disent pour règle que donner et retenir ne vaut. Ce qui procède, comme il est vray-semblable, du naturel des vrais Français, qui est de faire franchement et à cœur ouvert, sans retenir à couvert. » (*Instit. au droit français*, *des Donations.*)

Mais si flatteuse que puisse paraître pour notre caractère national cette origine de la règle, il n'est pas, bien entendu, possible de s'en contenter; car ce n'est point par voie d'interprétation de la volonté du donateur que cette règle procède; elle est, au contraire, fort impérative, et ne tolérerait pas la manifestation même la plus expresse d'une volonté contraire.

Eusèbe de Laurière, dans ses notes sur Loysel, pense que la maxime : donner et retenir ne vaut, *a été introduite, originairement, en faveur des donateurs, afin que, connaissant la perte qu'ils vont faire, ils soient moins faciles à se dépouiller.* (*Inst. cout.*, liv. IV, tit. IV, règle 5.)

Ce motif est plus sérieux; et on ne saurait douter, en effet, que notre ancien droit coutumier, en faisant du

dépouillement actuel et irrévocable une condition essentielle de la donation entre-vifs, n'ait eu pour but de retenir le donateur par le frein de ses propres intérêts, et de prévenir ainsi les donations irréfléchies et excessives.

Mais est-il vrai que ce soit *en faveur des donateurs* eux-mêmes que la règle coutumière ait été introduite?

Nous allons, au contraire, reconnaître qu'elle a été inspirée par une autre pensée, et que les coutumes ont eu en vue un autre intérêt que l'intérêt particulier du donateur lui-même.

Argou va nous l'apprendre fort explicitement en ces termes :

« Les coutumes ont permis de disposer de tous les propres par donation entre-vifs, parce qu'il arrive rarement qu'un homme se dépouille lui-même pendant sa vie; et néanmoins, s'il le veut faire, la coutume le lui permet, ne voulant pas l'obliger à avoir plus d'égards pour ses héritiers qu'il n'en a pour lui-même; mais la coutume ne permet de disposer par testament que d'une partie de ses propres, *et cela, afin de conserver les biens dans les familles.* » (*Instit. au. droit franç.*, t. I, p. 253.)

Nous voici cette fois dans le vrai!

C'est-à-dire que la quotité disponible par testament était, dans le droit coutumier, différente de la quotité disponible par donation entre-vifs; et que, tandis que l'on pouvait, par donation entre-vifs, disposer de la totalité de ses propres, on ne pouvait, au contraire, par testament en disposer que d'une partie, et même le plus généralement d'une partie peu considérable, à savoir *du quint* seulement des propres (comp. Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. III, art. 6, § 1 et 3; et *des Donat. testam.*, chap. IV, art. 2, § 1 et 2).

Avait-on cru que la donation entre-vifs étant, comme on disait surtout alors, du droit des gens, il fallait laisser au propriétaire la même liberté pour donner entre-vifs que pour vendre ou pour aliéner de toute autre manière; tandis que le testament étant, comme on disait aussi, du droit civil, le législateur pouvait en réglementer l'exercice?

Avait-on craint que le testateur qui ne dépouille que ses héritiers, ne fût plus enclin à des libéralités excessives que le donateur qui se dépouille lui-même?

Ces deux motifs ont été présentés; et nous croyons qu'ils sont, en effet, historiquement exacts tous les deux.

Ce qui paraît certain dans tous les cas, c'est que l'intérêt personnel du donateur a paru présenter contre l'excès des donations entre-vifs une garantie, que l'on ne trouvait pas, au contraire, dans les testaments; et que le droit coutumier s'attachant à cette garantie, a employé le moyen qu'il considérait comme le plus propre à la rendre aussi efficace que possible.

Il a donc voulu que le donateur comprît bien tout de suite la portée actuelle et irréparable de son acte, par le sacrifice actuel et irréparable, qu'il en éprouverait lui-même.

Mais, comme on le voit, ce n'est pas son intérêt privé, à lui, que les coutumes se proposaient de protéger; c'était un intérêt plus général et plus élevé, l'intérêt de la conservation des biens dans les familles.

26. — Telle est l'origine de cette maxime : *Donner et retenir ne vaut;* et, au point de vue historique, l'explication en devient ainsi très-simple et très-claire.

En est-il de même au point de vue scientifique et rationnel?

Il nous est difficile de le croire, malgré le sentiment de notre regrettable collègue, Taulier, qui a écrit que

le dessaisissement actuel et irrévocable tient à l'essence même de la donation entre-vifs, parce que, dit-il, donner pour un certain temps, c'est donner pour reprendre; ce n'est pas donner (t. IV, p. 7).

Nous avons déjà répondu que nous n'apercevions rien, au contraire, dans la nature des choses, ni dans les principes généraux du droit, qui fît nécessairement obstacle à ce que la donation entre-vifs pût être consentie sous des conditions, dont l'exécution dépendrait plus ou moins de la volonté ultérieure du donateur (*supra*, n° 25; comp. Wolff, *jus nat.*, part. IV, § 134); et la preuve en est que le législateur lui-même a admis, à certains égards, ces sortes de conditions dans les donations par contrat de mariage (comp. art. 1086).

Ce que l'on peut dire, c'est que l'irrévocabilité de la donation entre-vifs a cet avantage d'assurer solidement le droit du donataire, et de le garantir, lui et ses ayants cause, de ces révocations ou résolutions, qui portent toujours, plus ou moins, la perturbation dans les familles et dans l'État.

Mais cet avantage est bien plutôt seulement le résultat de la règle, qu'il n'est le vrai motif qui a fait introduire la règle elle-même.

Quoi qu'il en soit, le Code Napoléon a conservé les anciennes traditions coutumières; et encore bien qu'il n'ait pas reproduit, en propres termes, la règle : *donner et retenir ne vaut*, la vérité est qu'il l'a maintenue lui-même, à peu près, dans toute son énergie et dans toute sa rigueur primitive (comp. art. 943, 946).

Et voilà bien ce qui imprime encore aujourd'hui à la donation entre-vifs ce caractère exceptionnel, qui la distingue de tous les autres modes d'aliénation, et qui, notamment, ne permet de la confondre ni avec les contrats à titre onéreux, ni même avec les contrats de bienfaisance (*infra*, n° 48).

27. — II. Voilà les caractères généraux de la donation entre-vifs.

Voici maintenant les caractères généraux du testament (*supra*, n° 17).

L'article 895 est ainsi conçu :

« Le testament est un acte par lequel le testateur « dispose pour le temps où il n'existera plus, de tout « ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer. »

Ainsi, d'après ce texte, deux conditions principales caractérisent essentiellement le testament ; à savoir :

1° Il est l'œuvre de la seule volonté du testateur;

2° Il n'a d'effet qu'après sa mort ; et il peut toujours être révoqué.

Telle était aussi la définition que le jurisconsulte Modestin en avait donnée :

« Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia « de eo quod quis post mortem suam fieri velit. » (L. I, ff. *Quí testam. fac. poss.*).

28. — 1° Et d'abord, le testament est l'œuvre du testateur seul; et pour cette fois, c'est fort justement que notre article 895 emploie ici le mot *acte*.

Le légataire n'a donc à y jouer aucun rôle; et il n'y intervient pas.

29. — On a demandé quel serait le résultat de l'intervention du légataire dans le testament, et de l'acceptation qu'il en aurait faite.

Nous retrouverons cette question à sa place, lorsque nous nous occuperons spécialement de ce mode de disposer.

Ce qu'il nous suffit de poser ici, c'est que la présence et l'acceptation du légataire, loin d'être nécessaires, sont tout au moins inutiles, si même elles ne pouvaient pas devenir une cause de nullité! (Comp. le tome IV, n°s 225 et suiv.)

30. — 2° Le second caractère distinctif du testament est, en réalité, une conséquence de celui que nous venons de signaler.

C'est parce que le testament est l'œuvre du testateur seul, qu'il ne produit aucun effet actuel et qu'il est toujours révocable.

Le testament, en effet, c'est la propre pensée du testateur, *testatio mentis*, qui continue toujours de lui appartenir pleinement et souverainement, tant qu'elle n'a pas reçu l'irréparable consécration de la mort!

Aussi, verrons-nous le législateur proscrire soigneusement tout ce qui pourrait porter atteinte à cette condition essentielle de révocabilité, qui caractérise le testament.

31. — De ce qui précède, il résulte que la donation entre-vifs et le testament se distinguent par deux caractères très-différents, ou plutôt même tout à fait opposés et contraires.

D'une part, tandis que la donnation entre-vifs se forme par le concours des volontés du donateur et du donataire, le testament est l'œuvre du testateur seul;

D'autre part, tandis que la donation entre-vifs produit un effet actuel et irrévocable, le testament n'a d'effet qu'après la mort du testateur, et il est toujours révocable.

32. — Il faut ajouter à ce double contraste une troisième différence encore qui résulte des deux premières, à savoir :

Tandis que la donation entre-vifs n'est, en aucune façon, caduque par le prédécès du donataire avant le donateur, le testament devient, au contraire, caduc par le prédécès du légataire avant le testateur (art. 1039 et 1040).

Et cela est tout simple pour l'un comme pour l'autre.

Car le droit du donataire lui étant acquis est par cela même transmissible ; tandis que le légataire n'ayant aucun droit du vivant du testateur, ni même après la mort du testateur, quand le legs est conditionnel, avant l'événement de la condition, ne peut transmettre un droit, qui ne lui était point acquis.

33. — Telles sont les deux seules manières dont on puisse disposer de ses biens à titre gratuit.

Et chacune d'elles a, comme nous venons de le voir, des caractères assez nets et assez tranchés, pour qu'il soit désormais facile de discerner, parmi les différentes manières de disposer à titre gratuit, que notre ancienne législation avait autorisées, celles qui sont encore aujourd'hui permises, et celles qui sont, au contraire, défendues.

Celles-là seules sont permises, qui réunissent les caractères, soit de la donation entre-vifs, soit du testament.

Toutes les autres sont défendues.

Nous allons appliquer rapidement cette proposition à quelques modes de disposer, qui jouaient un rôle assez important dans notre ancien droit, à savoir :

A. Aux donations à cause de mort ;

B. Aux démissions de biens ;

C. Aux partages d'ascendants ;

D. Aux institutions contractuelles ;

E. Aux codicilles.

34. — A. La donation à cause de mort était, en droit romain, une disposition d'un caractère mixte, qui tenait le milieu entre la donation entre-vifs et le testament.

Elle participait de la donation entre-vifs, en ce qu'elle exigeait, comme elle, le concours des volontés

du donateur et du donataire, et qu'elle se formait aussi par un contrat : *Mortis causa donatur, quo præsens præsenti dat* (L. 38, ff. *de Mort. causa donat.*).

Mais elle se rattachait au testament sous ce triple rapport : 1° qu'elle était faite *contemplatione mortis, propter mortis suspicionem;* 2° qu'elle était révoquée de plein droit par le prédécès du donataire; 3 qu'elle était révocable par le donateur, *si eum donationis pœnituisset* (*Inst. de Donat.*, § 1).

Ces derniers traits prouvent assez que la donation à cause de mort ressemblait beaucoup plus à un legs qu'à une donation entre-vifs; cela était si vrai que Justinien avait fini par l'assimiler presque entièrement aux legs, *ut per omnia fere legatis connumeretur* (*Inst. de Donat.*, § 1).

Elle n'en avait pas moins pourtant toujours conservé, en droit romain, l'utilité qui l'avait fait d'abord introduire; et c'est ainsi notamment que le fils de famille, qui ne pouvait pas, d'après le droit civil, faire un testament, pouvait, au contraire, faire une donation à cause de mort (L. 25, § 1, ff. *de Mortis causa donat.*).

35. — C'est aussi surtout par ce même motif d'utilité que nos anciennes provinces de droit écrit avaient admis la donation à cause de mort (comp. Furgole, *des Testaments*, t. IV, chap. XIV, n° 2; Boutaric, *Explication de l'Ordonn. de* 1731, art. 4, p. 18).

Mais, au contraire, la donation à cause de mort, comme mode de disposer distinct de la donation entre-vifs et du testament, ne répondait à aucun besoin semblable dans les provinces coutumières, qui n'avaient pas admis la puissance paternelle des Romains ni cette incapacité des fils de famille (*voy.* notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n°s 258 et suiv.).

Aussi, n'y avait-elle, en effet, aucun rôle distinct; la plupart des coutumes ne la mentionnaient pas du tout, *ni pour l'exclure ni pour l'admettre* (Furgole, *loc. supra*); quelques-unes même l'excluaient formellement : *donation à cause de mort ne vaut rien*, disait la coutume de Blois (art. 170) ; et dans celles en petit nombre, qui l'admettaient, elle ne paraît avoir eu aucun caractère propre et spécial (Cout. d'Auvergne, chap. XIV, art. 2; de Nivernais, chap. XXVII, art. 4.)

Je crois, disait Ricard, *qu'il n'y a point lieu de les distinguer dans notre usage* (*des Donations*, Ire part., chap. II, n° 18).

36. — Mais pourtant l'article 277 de la coutume réformée de Paris avait disposé que :

« Toutes donations, encore qu'elles soient conçues entre-vifs, faites par personnes gisant au lit, malades de la maladie dont ils décèdent, sont réputées faites à cause de mort et testamentaires, et non entre-vifs. »

Est-ce donc que les donations à cause de mort ne se trouvaient pas ainsi reconnues par le droit coutumier ?

Nullement! et le but que cet article 277 se proposait, était tout autre! Nous avons vu que la quotité disponible par donation entre-vifs était, dans les pays de coutume, différente et beaucoup plus large que la quotité disponible par testament (*supra*, n° 25); or, le droit coutumier n'avait pas voulu que cette différence fût éludée au moyen de prétendues donations entre-vifs, faites *in extremis*, et qui n'auraient été, en réalité, que de véritables testaments; il n'avait pas voulu qu'il fût possible de se soustraire, par cet expédient, à la règle qui défendait de disposer par testament au delà du quint des propres; et voilà pourquoi la coutume de Paris déclarait que ces sortes de donations entre-vifs seraient réputées à cause de mort et tes-

tamentaires. C'est par le même motif que d'autres coutumes assimilaient au testament toute donation qui aurait été faite dans les trente ou quarante jours qui précédaient le décès (comp. Guy-Coquille, *Quest. et rép. sur les cout.*, LXII).

Mais la coutume de Paris ni les autres n'avaient certes pas entendu donner accès à un mode de disposition, qui, par son caractère de révocabilité, était essentiellement contraire à la maxime *donner et retenir ne vaut*, et qui n'aurait pas manqué d'ébranler bientôt ou plutôt même de ruiner dans sa base l'établissement tout entier des réserves coutumières, que, tout au contraire, l'article 277 de la coutume réformée de Paris se proposait de raffermir et de consolider!

Il arriva toutefois que l'on prétendit, en effet, que cet article 277 avait autorisé les donations à cause de mort.

Ne serait-il pas absurde, disait-on, *que cette donation fût réputée à cause de mort et testamentaire, si notre coutume n'admettait pas les donations à cause de mort?* (Ferrières, sur l'article 277 précité.)

Mais Ricard avait remarqué d'une façon péremptoire, suivant nous, que « non-seulement cet article ne parle des donations à cause de mort que par énonciation et sans les admettre positivement, mais aussi qu'il fait suivre ces termes *à cause de mort et testamentaires*, et les conjoint comme synonymes et ne signifiant qu'une même chose. » (*Des Donations*, Ire part., chap. II, n° 63.)

C'est-à-dire finalement, qu'il n'avait d'autre but et d'autre effet que de déclarer ces donations révocables comme des testaments, parce qu'il se proposait uniquement de maintenir l'efficacité de la règle *donner et retenir ne vaut*.

Néanmoins *la nouvelle doctrine*, comme disait aussi

Ricard, avait ses partisans ; et elle avait réussi à sou lever une foule de questions, qui n'étaient toutes que des échecs manifestes à la maxime coutumière, que nous venons de rappeler !

La donation, par exemple, de tous les biens que le donateur laissera à son décès, était-elle entre-vifs ou à cause de mort? — Fallait-il considérer comme entre-vifs ou à cause de mort la donation soumise à la charge d'exécuter le testament fait ou à faire du donateur? — C'était aussi une des questions controversées que celle de savoir si la donation consentie par un novice, avant de faire profession, devait être réputée entre-vifs ou à cause de mort? (comp. Ricard, *loc. supra cit.;* Furgole, Comm. sur l'article 4 de l'Ordonn. de 1731 ; Ferrières, sur l'article 277 de la cout. de Paris.)

37. — C'est même l'histoire de ces anciennes controverses, qui explique certaines dispositions de l'Ordonnance de 1731, qui vint les trancher, et par suite aussi certains articles de notre Code Napoléon, qui ont reproduit les dispositions de l'Ordonnance (art. 943 et suiv.).

Il était nécessaire, en effet, de mettre un terme aux dissidences et aux incertitudes, qui avaient obscurci et altéré les principes essentiels du droit coutumier en cette matière ; c'est ce que fit très-nettement l'article 4 de l'Ordonnance de 1731 en ces termes :

« Toute donation entre-vifs qui ne serait pas valable en cette qualité, ne pourra valoir comme donation ou disposition à cause de mort ou testamentaire, de quelque formalité qu'elle soit revêtue. »

D'où résultait la nullité de toute donation entre-vifs, qui n'était pas irrévocable, de celle, par exemple, qui aurait été soumise à des conditions potestatives de la part du donateur ou qui aurait compris les biens à venir (art. 15).

38. — Est-ce à dire que l'Ordonnance de 1731 eût aboli, à son tour, absolument les donations à cause de mort?

Ce fut encore là une des questions d'autrefois.

L'article 3 de l'Ordonnance était ainsi conçu :

« Toutes donations à cause de mort, à l'exception de celles qui se feront par contrat de mariage, ne pourront dorénavant avoir aucun effet, dans les pays mêmes où elles seront expressément autorisées par les lois ou par les coutumes, que lorsqu'elles auront été faites dans la même forme que les testaments ou les codicilles ; *en sorte qu'il n'y ait à l'avenir, dans nos États, que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, dont l'une sera celle des donations entre-vifs et l'autre celle des testaments ou des codicilles.* »

De ces derniers termes on avait conclu, *des magistrats et des avocats fort éclairés*, dit Furgole, avaient conclu que la donation à cause de mort était désormais interdite.

Mais le sentiment contraire avait prévalu ; et on pensait communément que l'article 3 de l'Ordonnance, dans son premier alinéa, maintenait lui-même les donations à cause de mort ; et que lorsqu'il ajoutait, dans son second alinéa, qu'il n'y aurait, à l'avenir, que *deux formes* de disposer à titre gratuit, ce second alinéa n'avait, effectivement, trait qu'*aux formes* et non point à la substance de l'acte.

La même difficulté s'était aussi élevée relativement à l'Ordonnance de 1735, sur les testaments, dont l'article 22 était, en effet, conçu à peu près dans les mêmes termes que l'article 3 de l'Ordonnance de 1731 ; et elle avait été résolue dans le même sens.

Cette solution, qui n'intéressait guère les pays de coutume, avait, au contraire, de l'importance pour les pays de droit écrit, où la donation à cause de mort,

considérée comme mode de disposition distinct de la donation entre-vifs et du testament, avait encore une grande utilité, puisqu'elle permettait aux fils de famille, qui étaient incapables de tester, de disposer du moins à cause de mort (*supra*, n° 34).

39. — Cette raison d'être, qui soutenait la donation à cause de mort dans les pays de droit écrit, ayant tout à fait disparu sous l'empire du Code Napoléon, il n'y avait plus de motif pour la maintenir; et il résulte, en effet, des termes de notre article 893, beaucoup plus absolus, comme on peut voir, que ceux de l'article 3 de l'Ordonnance de 1731, que ce n'est point seulement quant à la forme que la donation à cause de mort se trouve fondue dans le testament, mais que c'est encore quant au fond, en ce sens qu'il n'y a plus aujourd'hui que deux modes de disposer de ses biens à titre gratuit, et que tout acte de disposition doit nécessairement avoir : soit les formes et les effets de la donation entre-vifs, soit les formes et les effets du testament.

Les travaux préparatoires de notre Code ne paraissent devoir laisser non plus, sur ce point, aucun doute; et c'est ainsi que M. Jaubert disait au Tribunat que « la distinction des dispositions de dernière volonté, en testament, codicille, donation à cause de mort, ne subsiste plus. » (Fenet, t. XII, p. 578.)

On avait toujours fait d'ailleurs à la donation à cause de mort un reproche très-grave, et suivant nous, très-mérité, et qui a sans doute aussi décidé le législateur nouveau à la proscrire; on lui reprochait de favoriser les suggestions et les captations, en faisant valoir, sous la forme d'une donation, des libéralités qui ne constituaient, en réalité, que des dispositions testamentaires, et qui n'étaient pourtant pas revêtues des formes protectrices dont la loi a voulu entourer les tes-

taments, plus encore que les donations, précisément afin de garantir le disposant contre les intrigues auxquelles celui qui dispose par testament est bien plus exposé et bien plus accessible en effet que celui qui dispose par donation entre-vifs ! (Comp. Ricard, *des Donat.*, Ire partie, chapitre II, n° 54.)

Dumoulin a mis surtout ce motif fort en relief dans une note sur l'article 170 précité (*supra*, n° 35) de la coutume de Blois :

« .... Quod autem donatio causa mortis non valet, « quando est in forma contractus, *rectè institutum est* « *odio suggestionum.* »

On a enseigné néanmoins que la donation à cause de mort existait encore sous l'empire de notre Code (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. II, § 8 et sect. X; ajout. toutefois *Questions de droit*, v° *Donation*, § 6, n° 4 ; Toullier, t. X, n° 11).

Mais la doctrine contraire, qui nous paraît la seule vraie, est aujourd'hui généralement admise (comp. Toulouse, 11 juin 1852, Lebé, Dev., 1852, II, 511 ; Bordeaux, 8 août 1853, Petit, Dev., 1853, II, 641 ; Duranton, t. VIII, n° 6 ; Coin-Delisle, art. 893, nos 3 et suiv. ; Marcadé, art. 893, n° 2 ; Troplong, t. I, n° 40 ; Saintespès-Lescot, art. 893, n° 8 ; Bosviel, *Consultation*, Dev., 1853, II, 642 ; J. Bauby, *Revue crit. de législation*, 1856, p. 232 et suiv.).

40. — Maintenant, dans quels cas une libéralité devra-t-elle être considérée comme une donation à cause de mort, et déclarée nulle par ce motif ?

Ce n'est plus là qu'une question de fait et d'appréciation.

Et nous pouvons dire, encore aujourd'hui, ce que disait Marcellin autrefois :

« *In mortis causa donationibus etiam facti quæstiones sunt.* » (L. 13, § I, ff. *de Mortis causa donat.*)

Telle était aussi la conclusion des anciens jurisconsultes français.

« *Il faut examiner....* » dit Furgole (*des Testam.*, chap. XIV, n° 13; ajout. Ricard, *des Donat.*, Ire part., chap. II).

Remarquons toutefois cette différence que la donation à cause de mort étant valable, d'après les législations antérieures, on pouvait alors en reconnaître le caractère dans une disposition à titre gratuit, sans compromettre l'existence de cette disposition; tandis que, d'après notre Code, la donation à cause de mort étant nulle, déclarer que tel est le caractère d'une disposition à titre gratuit, c'est en même temps en déclarer la nullité.

D'où il suit que l'interprétation doit être aujourd'hui plus réservée, et qu'il convient, dans le doute, d'attribuer à la disposition le caractère qui la fera déclarer valable, plutôt que le caractère qui la ferait déclarer nulle, *potius ut valeat quam ut pereat* (arg. de l'article 1157). C'est une proposition que M. Bauby a fort bien démontrée dans l'intéressant article que nous avons déjà cité (*supra*, n° 39).

Cette proposition d'ailleurs est, dans notre sujet, d'autant plus certaine, que, d'après les articles 967 et 1002, le législateur de notre Code déclare, comme nous le verrons, que peu importent les dénominations dont le disposant aura pu se servir, et que, pour apprécier la disposition, qu'il a faite, il faut s'attacher surtout au caractère propre et intrinsèque de cette disposition.

41. — Le Code Napoléon, qui n'admet pas la donation à cause de mort, n'a-t-il pas admis du moins quelques-uns des caractères de ce mode de disposition dans certaines des donations par contrat de mariage qu'il autorise?

C'est ce que nous aurons à reconnaître, quand nous examinerons cette catégorie de donations (sur les chapitres VIII et IX).

42. — B. La démission de biens était aussi un mode de disposition assez usité autrefois; mais, à la différence de la donation à cause de mort, qui nous est venue du droit romain, la démission de biens était d'origine française; et c'est ce qui explique comment elle n'était pratiquée que dans les provinces coutumières (comp. d'Argentré, cout. de Bretagne, cap. IV, art. 265; Boullenois, *Quest. sur les démissions de biens;* Furgole, *des Testaments*, chap. VIII, sect. I, nos 168 et suiv.).

Pothier la définit : « Un acte par lequel une personne, en anticipant le terme de sa succession, se dépouille, de son vivant, de l'universalité de ses biens, et en saisit d'avance ses héritiers présomptifs, en retenant néanmoins le droit d'y rentrer, lorsqu'elle le jugera à propos. » (*Introd. au titre* XVII *de la cout. d'Orléans, Appendice*, § 1).

C'était pour ceux auxquels l'âge ou les infirmités avaient rendu difficile ou impossible le gouvernement de leur patrimoine, un moyen de s'en décharger, en le confiant à leurs proches parents; parfois aussi, cet abandon servait à prévenir ou à arrêter une poursuite en interdiction pour cause de prodigalité ou d'incapacité (*voy.* notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. II, n° 435).

Le caractère en était assez équivoque.

« Ce n'est pas une donation entre-vifs, disait Lebrun; car, dans la plupart des provinces qui la pratiquent, on la juge toujours révocable; ce n'est pas une donation testamentaire; car elle a un effet présent, quoique révocable.... » (*Des Successions,* liv. I, chap. I, sect. V, n° 2.)

La démission de biens, en effet, n'était précisément

ni l'une ni l'autre; et c'est ainsi qu'elle n'était soumise ni aux formes de la donation entre-vifs, ni aux formes du testament.

Mais en même temps aussi, elle empruntait les caractères de l'une et de l'autre.

Boullenois, qui l'a fort savamment traitée, y avait découvert trois caractères différents, suivant les différentes personnes à l'égard desquelles elle pouvait être considérée :

Par rapport au démettant, c'était une sorte de donation à cause de mort; d'où la conséquence qu'elle était toujours révocable; et l'on tenait d'autant plus à y maintenir ce caractère de révocabilité, qu'il avait paru être une garantie nécessaire contre l'ingratitude des démissionnaires, qui manquaient souvent, une fois saisis de la fortune du démettant, à remplir envers lui les conditions sous lesquelles seulement il s'en était démis en leur faveur;

Par rapport aux démissionnaires, c'était une succession anticipée, *juris hæreditaris prorogatio*, ou mieux encore, *hæreditariæ spei anticipatio*, comme disait d'Argentré (*loc. supra cit.*); d'où il suivait : 1° quant aux biens, qu'elle devait être de l'universalité, comme la succession elle-même, et non point de choses particulières, ni même d'une quote-part; 2° quant aux personnes, qu'elle ne pouvait être faite qu'au profit des héritiers présomptifs, et qu'elle devrait être faite au profit de tous les héritiers dans la proportion de la part héréditaire de chacun;

Enfin, par rapport aux tiers, la démission de biens était un acte translatif de propriété, qui autorisait les démissionnaires à aliéner les biens; mais les aliénations qu'ils consentaient, étaient d'ailleurs soumises à la condition résolutoire de révocabilité, qui affectait leur propre droit.

43. — Il est facile de voir tout ce qu'une manière semblable de disposer pouvait soulever d'objections, et notamment quelles incertitudes elle jetait sur le sort de la propriété.

L'opinion commune était pourtant que l'Ordonnance de 1731 ne l'avait pas abrogée (comp. Pothier, *loc. supra cit.*, n° 2).

Mais il est évident aujourd'hui, en présence de nos articles 893, 894 et 895, que la démission de biens n'existe plus dans notre droit.

44. — C. Le partage d'ascendants avait, avec la démission de biens, cette ressemblance qu'il pouvait aussi constituer un partage de succession fait par une personne entre ses héritiers présomptifs.

Mais ces deux modes de disposition étaient pourtant fort distincts l'un de l'autre; ils différaient d'abord quant à leur origine, puisque le partage d'ascendants avait été introduit par le droit romain et était pratiqué dans les pays de droit écrit aussi bien que dans les pays coutumiers, tandis que la démission de biens, toute française, n'était guère admise que dans les pays coutumiers ; et leurs effets n'étaient pas non plus, de tous points, les mêmes.

Il serait hors de propos d'y insister en ce moment, puisque nous aurons à examiner spécialement cette matière dans le chapitre VII de notre titre.

Qu'il nous suffise de dire ici, en ce qui concerne la forme de disposer, que notre Code ne distingue pas le partage d'ascendants de la donation entre-vifs ou du testament, et que ce n'est dès lors que suivant les formes et les conditions soit de la donation entre-vifs, soit du testament, que le partage d'ascendants peut être valable (*voy.* art. 1076).

45. — D. Le même motif nous fait ajourner ce qui concerne l'institution contractuelle, dont nous aurons

à nous occuper spécialement dans le chapitre VIII de notre titre.

C'était aussi un genre de disposition en quelque sorte mixte, qui participait à la fois de la donation entre-vifs et du testament, et qui, en outre, dans notre ancien droit coutumier, avait cette prérogative spéciale qu'il pouvait faire un héritier appelé, *institué* par la volonté de l'homme, à l'égal de l'héritier appelé par la volonté de la loi (comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 80).

Nous verrons que notre Code, quoiqu'il n'ait pas conservé le nom, a conservé néanmoins en grande partie ce mode de disposer, avec le caractère et les effets qu'il avait dans notre ancienne jurisprudence.

46. — E. Le codicille était un acte de dernière volonté moins solennel que le testament.

C'était une manière de disposer tout à fait propre aux Romains, qui l'avaient admise, afin de se soustraire, dans certains cas du moins et dans une certaine mesure, aux conditions rigoureuses et aux formes solennelles, dont le droit civil avait entouré le testament (comp. Inst., lib. II, tit. XXV, *de Codicillis*).

Corvinus en a donné une définition assez exacte en ces termes :

« Codicilli sunt ultima testati vel intestati voluntas « imperfecta, de eo quod quis post mortem suam de « bonis suis fieri velit, citra directam hæredis insti- « tutionem et animum testamenti faciendi. » (Enarr. sur le Cod., tit. *de Codic.*)

C'était, en effet, un des traits caractéristiques de ce genre de disposition, qu'il était valable sans l'institution d'un héritier, à ce point même qu'il n'aurait pas pu la renfermer.

Les codicilles avaient été admis dans les anciennes provinces de droit écrit, où ils formaient un genre de

disposition de dernière volonté distinct des testaments, et qui notamment était soumis à des formes plus simples (comp. Ordonn. de 1735, art. 14; Furgole, *des Testaments*, t. IV, chap. XII, *des Codicilles*, n° 10 ; Pothier, *des Donat. testam.* chap. I, art. 4, § 4).

Et de là même était venu l'usage, de la part de ceux qui faisaient un testament, d'ajouter cette clause qu'ils entendaient que si la disposition n'était pas valable comme testament, elle fût valable du moins comme codicille; ce que l'on appela du nom de *clause codicillaire* (comp. Furgole, *loc. supra*, chap. XIII, *de la Clause codicillaire*).

Les provinces coutumières ne connaissaient pas ce mode spécial de disposer par acte de dernière volonté; et les auteurs du Code Napoléon ont adopté sur ce point la règle du droit coutumier; si bien que nous pouvons dire aujourd'hui pour toute la France ce que Furgole disait, de son temps, pour les pays de coutume :

« La clause codicillaire n'y est absolument d'aucun usage, parce que les testaments et les codicilles sont confondus, que les uns et les autres exigent la même solennité et produisent le même effet.... » (*Loc. supra*, n° 2).

47. — Il est bien entendu d'ailleurs que les formes solennelles soit de la donation entre-vifs, soit du testament, ne sont requises que pour les dispositions, qui constituent des libéralités.

A ce point de vue, un commun caractère réunit ces deux modes de disposer ; et ils sont tous les deux des modes de disposer de ses biens *à titre gratuit* (article 893).

Aussi voit-on le législateur lui-même, lorsqu'il ne les considère que sous ce point de vue, les réunir quelquefois dans une dénomination commune : *Do-*

nation entre-vifs ou testamentaire (comp. art. 711, 1405, etc).

48. — Il ne faut pas toutefois confondre les dispositions à titre gratuit proprement dites, qui font l'objet de notre titre actuel, avec les simples contrats de bienfaisance, dont notre Code s'est occupé dans d'autres titres subséquents, tels que le mandat, le dépôt, le prêt à usage, le cautionnement.

C'est fort justement sans doute que ces sortes de contrats sont dits *de bienfaisance*, parce qu'ils sont inspirés, en effet, par une intention désintéressée et qu'ils constituent ainsi un service et en quelque sorte un bienfait.,. *qui beneficium tribuit*, dit le jurisconsulte Paul en parlant du commodant.

Mais ce ne sont point là pourtant des *donations* dans le sens technique de ce mot, des actes engendrant soit une mutation de propriété, soit une obligation dont le résultat soit d'augmenter le patrimoine de l'un et de diminuer le patrimoine de l'autre (comp. notre Introduction au *Traité des Successions*, t. I n°s 3 et 4).

D'où la conséquence qu'ils ne sont pas régis par le titre des donations entre-vifs et des testaments, qui ne s'occupe au contraire des libéralités qu'en les considérant comme l'un des moyens par lesquels *la propriété s'acquiert et se transmet* (art. 711).

Rappelons néanmoins ici que, en matière de rapport à succession, les avantages qui résultent des simples contrats de bienfaisance, peuvent être eux-mêmes traités comme des libéralités, et sous ce point de vue, comme des espèces de *donations* (comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, n°s 324 et 361).

B. — *Du caractère intrinsèque des dispositions à titre gratuit.*

SOMMAIRE.

49. — Chacun est libre de faire de ses biens, à titre gratuit, telles dispositions qu'il juge convenable.
50. — Cette liberté toutefois ne pouvait pas être absolue, et elle est soumise à une double restriction : la première, spécialement, en ce qui concerne les substitutions ; la seconde, plus généralement, en ce qui concerne les conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs.

49. — Le principe général, c'est que chacun est libre de faire de ses biens à titre gratuit, par donation entre-vifs ou par testament, telles dispositions qu'il juge convenables, soit purement et simplement, soit à terme certain ou incertain, soit sous condition, suspensive ou résolutoire, soit avec ou sans charges, sous toutes les modalités enfin qu'il lui convient d'adopter (arg. des articles 711, 893, 902, etc).

Nous avons déjà plus d'une fois remarqué que, dans notre droit, la capacité est la règle, et l'incapacité l'exception.

50. — Cette liberté toutefois ne pouvait pas être absolue : et il fallait, dans notre sujet comme dans tous les autres, qu'elle s'arrêtât devant la limite que l'intérêt privé ne doit jamais violer, à savoir : devant l'intérêt public de la société tout entière.

C'est là, en effet, une règle de droit commun (art. 6) ; et le législateur en a fait, dans notre matière, deux applications :

I. La première, spécialement, en ce qui concerne les substitutions ;

II. La seconde, plus généralement, en ce qui con-

cerne les conditions impossibles, ou qui sont contraires aux lois ou aux mœurs.

Nous avons à nous occuper ici successivement de l'une et de l'autre.

§ I.

Des substitutions.

SOMMAIRE.

51. — Exposition. — Division.

51. — L'article 896 est ainsi conçu :

« Les substitutions sont prohibées.

« Toute disposition par laquelle le donataire, l'hé-
« ritier institué ou le légataire sera chargé de conser-
« ver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard
« du donataire, de l'héritier institué ou du légataire.

« Néanmoins, les biens libres formant la dotation
« d'un titre héréditaire, que l'Empereur aurait érigé
« en faveur d'un prince ou d'un chef de famille, pour-
« ront être transmis héréditairement, ainsi qu'il est
« réglé par l'acte du 30 mars 1806 et par celui du
« 14 août suivant. »

La théorie des subtitutions est intéressante, mais aussi très-difficile ; et on ne saurait nier combien notre législateur s'est montré laconique, en n'y consacrant ici que cet unique article !

C'est une raison de plus pour en poser les principes avec le plus d'ordre et de clarté qu'il nous sera possible ; et nous croyons qu'à cet effet, il convient :

1° De jeter un coup d'œil rapide sur l'origine et l'histoire des substitutions en général ;

2° De déterminer quelles sont les substitutions, que l'article 896 frappe de sa prohibition ;

3° Enfin, quels sont les effets de cette prohibition.

I.

De l'origine et de l'histoire des substitutions en général.

SOMMAIRE.

52. — Acception étymologique du mot *substitution*.
53. — Du droit romain. — Des substitutions vulgaire, pupillaire, quasi-pupillaire ou exemplaire.
54. — Des fidéicommis.
55. — Transition. — De notre ancien droit français.
56. — Suite. — Différence entre les provinces de droit écrit et les provinces coutumières, relativement aux substitutions pupillaire et quasi-pupillaire.
57. — La substitution vulgaire et le fidéicommis furent à peu près généralement reçus dans toute la France.
58. — Comment l'un des modes de fidéicommis romains devint la substitution fidéicommissaire de notre ancien droit français.
59. — Suite.
60. — De la législation intermédiaire. — Loi du 14 novembre 1792.
61. — Suite.
62. — De la législation nouvelle. — I. Du Code civil de 1804.
63. — II. Du Code Napoléon de 1807.
64. — III. De la loi du 17 mai 1826 sur les substitutions.
65. — IV. De la loi du 12 mai 1835 sur les majorats.
66. — V. De la loi du 7 mai 1849 sur les majorats et les substitutions.
67. — Conclusion.

52. — Le mot *substitution*, dans son acception étymologique, qui est aussi son acception propre et technique, exprime l'idée d'une *institution*, qui vient en sous-ordre après une autre *institution*, *institutio... sub.*, une *sous-institution* (comp. *Étude historique sur les substitutions*, par M. Villequez, *Revue historique de Droit français et étranger*, 1863, t. IX, p. 97 et suiv., et p. 189 et suiv.).

53. — C'est ainsi que l'entendaient les Romains qui ont été, comme dit Thévenot d'Essaule (chap. III, n° 46), les *inventeurs* de cette manière de disposer; et ils distinguaient, en ce sens, trois sortes de substitutions :

1° La substitution vulgaire;

2° La substitution pupillaire;

3° La substitution quasi-pupillaire ou exemplaire.

La substitution vulgaire était une disposition par laquelle le testateur, après avoir institué un héritier, en instituait un autre pour le cas où le premier ne recueillerait pas (*Inst.*, lib. II, tit. XVI).

Elle fut ainsi nommée sans doute à raison du fréquent usage que l'on en fit à Rome, afin de se garantir des causes nombreuses de caducité, que les lois *caducaires* avaient introduites (*Cod. de caduc. toll.*, *L. un.*, *princ.*), et peut-être aussi parce qu'elle pouvait être employée, *vulgo*, par toute personne, à la différence des substitutions pupillaire et quasi-pupillaire, qui étaient, au contraire, comme nous l'allons voir, restreintes entre certaines personnes déterminées. On a dit encore qu'elle devait son nom à cette circonstance qu'elle avait été établie par la pratique et non par la loi, *quia a vulgo, non a lege inventa*, pour conjurer l'effet des lois caducaires. Mais cette étymologie n'est guère vraisemblable; car la faculté de faire une substitution vulgaire est inhérente à la faculté de disposer, comme la faculté de faire une institution; elle dérive donc de la loi elle-même; et si la pratique a pu s'en servir fréquemment, *vulgo*, ce n'est certes pas elle qui l'a créée (comp. Doneau, *Comm.*, lib. IV, C. 23, n° 18; Hilliger sur Doneau, H. L.; Ricard, *des Subst.*, chap. I, n°s 4, 5).

On appelait substitution pupillaire celle par laquelle le père de famille, après avoir institué un héritier pour lui-même, instituait aussi, dans son propre testament, un héritier pour son enfant impubère, placé sous sa puissance immédiate, dans la prévoyance du cas où cet enfant viendrait à mourir *pupillus*, avant l'âge où il lui serait permis de tester (*Inst.*, lib. II, tit. XVI),

Et la substitution exemplaire était ainsi nommée,

parce qu'elle avait été introduite à l'instar, à l'exemple de la substitution pupillaire; c'était celle par laquelle un ascendant, après avoir aussi institué un héritier pour lui-même, en instituait un également pour son enfant ou descendant en démence, dans la prévoyance du cas où ce descendant mourrait sans avoir recouvré la raison (Inst., *loc. supra cit.*).

Il est facile de reconnaître, dans ces trois hypothèses, que la substitution était toujours, en effet, une institution d'héritier subordonné à une autre institution.

54. — Les fidéicommis, dont l'origine remonte aussi au droit romain, n'y avaient point toutefois le caractère de *substitution;* et cela, par une raison bien simple, c'est qu'ils n'étaient point des *institutions*, dans le sens technique de ce mot, soit qu'ils n'eussent pour objet que des biens particuliers, soit même qu'ils s'appliquassent à l'hérédité, pour une quote-part ou pour le tout.

Le fidéicommis était une disposition par laquelle, après avoir fait une libéralité à une personne, le disposant la priait de restituer à une autre personne les biens qui en étaient l'objet.

Ce mode de disposer fut d'abord employé afin d'éluder les lois, qui avaient établi contre certaines personnes des incapacités de recevoir; et voilà bien ce qui explique pourquoi ils n'étaient pas, dans le principe, obligatoires. Aussi, les faisait-on en des termes simplement précatifs, par lesquels le disposant se confiait à la foi de celui qu'il en chargeait; et de là même est venu leur nom : *et ideo fideicommissa appelata sunt* (Inst., lib. II, tit. XXIII, § 1).

Lorsque, sous Auguste, les fidéicommis furent autorisés et devinrent obligatoires, ils ne tardèrent pas à acquérir beaucoup de faveur.

Et cette matière, assez simple à son origine, fut bientôt l'une des plus compliquées.

C'est ainsi, d'une part, que l'héritier interposé, *le fiduciaire*, qui, d'abord, devait rendre la chose au *fidéicommissaire* immédiatement après que le testament avait eu son effet, *jam nunc*, fut autorisé à la conserver pendant un certain temps, et même jusqu'à sa mort, *post mortem suam* (comp. L. 75, § 1, ff. *ad Senat., Trebell;* L. 41, § 13, ff. *de Legat.*, 3°).

Et, d'autre part, il arriva que l'on ne se borna point à appeler un second gratifié après le premier, mais qu'on en appela un troisième après le second, et ainsi de suite, de manière que les fidéicommis pouvaient se perpétuer, de degrés en degrés, pendant une longue suite de générations; à ce point, que Justinien, frappé de cet abus, crut devoir arrêter au quatrième degré, *post quatuor demum generationes*, la transmission d'un fidéicommis perpétuel! (comp. Nov. 159, cap. II; Furgole, *Comm. de l'article* 30 *de l'Ordonn. de* 1747).

55. — Nous signalons particulièrement ce double progrès des fidéicommis romains, parce qu'il présage et qu'il explique, par avance, la destinée qui les attend plus tard, dans notre législation française, où nous allons, en effet, les voir devenir nos substitutions fidéicommissaires.

Il faut bien remarquer, toutefois, que ce n'est que par une sorte de transformation qu'ils passeront ainsi du droit romain dans le droit français.

En droit romain, le fidéicommis n'est pas une *substitution* dans l'exacte propriété des termes; comment pourrait-il être une *substitution*, c'est-à-dire une *sous-institution*, puisqu'il n'est pas du tout une *institution?* (*supra*, n°s 52, 53).

Et pourtant, c'est précisément le fidéicommis, qui, par une sorte de révolution du langage, deviendra notre substitution française la plus importante!

Quelques textes romains avaient désigné les fidéi-

commis sous la dénomination de *substitutions;* dénomination évidemment impropre, et qui ne devait pas tirer à conséquence (comp., L. 87, § 2, ff. *de Legat.*, 2°; L. 16, *Cod. de Pactis;* L. 3, § 2, *Cod. Comm. de legat.;* Hilliger sur Doneau, *Comm.* VI, 23, I, note 8).

Mais il n'en fallait pas davantage pour que cette dénomination se vulgarisât; d'autant plus que, à part les règles spéciales de l'institution romaine, le fidéicommis, tel qu'il était dans les derniers siècles de Rome, et surtout tel qu'il est devenu par la suite des temps, chez nous, présente tous les caractères d'une substitution proprement dite (comp. Ricard, chap. VI, n°s 263, 264; Thévenot, chap. I, § 1, n° 28).

56. — Les principes du droit romain sur cette matière, furent généralement adoptés dans notre ancien droit.

Il y eut toutefois cette différence entre les pays de droit écrit et les pays de coutume, que les premiers admirent même la substitution pupillaire et la substitution exemplaire, par lesquelles l'ascendant disposait, dans son propre testament, de la succession tout entière de son descendant lui-même, impubère ou dément.

Tandis que les autres, qui n'avaient pas admis la puissance paternelle des Romains, n'avaient pas admis et ne pouvaient pas, en effet, admettre ces deux sortes de substitutions, qui n'en étaient que des conséquences; et ce n'était même que par une interprétation favorable et indulgente, qu'elles y étaient maintenues à titre de fidéicommis, mais alors seulement quant aux biens qui avaient été laissés par le père lui-même à son fils (comp. *supra*, n° 35; Mantica, *de Conject. ult.*, lib. V, 16, I et suiv.; Pothier, *des Substit.*, art. prélim.; Merlin, *Répert.*, v° *Substit. directe*, § 2, n° 12 et § 3, n° 9).

57. — Mais la substitution vulgaire et le fidéicom-

mis furent, au contraire, à peu près également reçus dans toute la France.

Il faut pourtant ajouter que la substitution vulgaire elle-même n'avait pas été admise non plus dans toutes les coutumes, en tant qu'elle constituait une *sous-institution* d'héritier; et il était tout simple, en effet, que celles des coutumes qui n'admettaient pas l'institution d'héritier, n'admissent pas l'institution en sous-ordre ou subsidiaire, plus que l'institution en premier ordre ou principale (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. I, n° 80).

Mais, d'une part, la substitution vulgaire fut reçue, du moins à titre de legs, dans celles des coutumes où l'institution d'héritier, déclarée nulle comme telle, était déclarée valable comme simple legs sujet à délivrance.

Et, d'autre part, il arriva que, sous le nom de substitution vulgaire, on désigna partout la disposition par laquelle une personne était appelée, à défaut d'une autre, non pas seulement à l'institution d'héritier, mais à un legs particulier; et ces mots *substitution vulgaire* ainsi détournés eux-mêmes de leur acception technique et primitive, exprimèrent l'idée, non pas d'une *sous-institution*, mais plus généralement de la subrogation d'un second gratifié à un premier (comp. Merlin, *Répert., loc. supra cit.*, § 1, n°s 1-8).

58. — Quant aux fidéicommis, ils devinrent l'un des modes de disposer les plus usités et les plus considérables, soit dans les provinces de droit écrit, soit même aussi dans les provinces coutumières, sauf pourtant un certain nombre d'exceptions. Si, en effet, presque toutes les coutumes admettaient la substitution fidéicommissaire dans les actes entre-vifs, donations ou contrats de mariage, plusieurs, au nombre de dix environ, la proscrivaient ou la restreignaient

dans les testaments; telles étaient les coutumes d'Auvergne, de Bourbonnais, de Bretagne, etc. (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Substit. fidéicom.*, section I, § 1-12).

Il est à propos, dès à présent, de préciser l'origine et la cause de l'extrême importance à laquelle s'éleva bientôt ce mode de disposition.

Les fidéicommis romains, considérés sous le rapport de l'époque à laquelle ils s'ouvraient, étaient de trois sortes : purs et simples, à terme ou conditionnels (Inst., *de fideicom. hæred.*).

Le fidécommis pur et simple était celui par lequel le *fiduciaire* était chargé de rendre *purè*, c'est-à-dire immédiatement, l'objet de la liberalité au *fidéicommissaire;* si bien que la propriété ne reposait pas même un seul instant sur sur sa tête et qu'il ne pouvait pas, en conséquence, profiter de la caducité, s'il n'avait été choisi, en effet, que comme un simple intermédiaire, *ut ministrum* (L. 17, ff. *de Legat.* 2°).

Le fidéicommis à terme certain, *ex certo die*, sans empêcher l'ouverture du droit au profit du fidéicommissaire, en suspendait seulement l'exécution.

Tandis que le fidéicommis conditionnel ou à terme incertain, *sub conditione*, suspendait non-seulement l'exécution, *le dies venit*, mais même aussi l'ouverture et l'acquisition du droit au profit du fidéicommissaire, *le dies cedit.*

Le fidéicommis d'ailleurs pouvait être fait sous toute espèce de condition, soit suspensive, soit résolutoire.

Nous avons aussi remarqué déjà (*supra*, n° 54) que le fiduciaire pouvait être autorisé à ne restituer l'objet de la libéralité que *post mortem suam*, au fidéicommissaire; et que même ces fidéicommis renouvelés de degrés en degrés avaient fini par se perpétuer pendant plusieurs générations.

58 *bis.* — Eh bien ! voici précisément l'origine de ce que nous avons appelé, en droit français, *la substitution fidéicommissaire.*

Le fidéicommis pur et simple, le fidéicommis à terme certain, le fidéicommis à terme incertain ou sous une condition de nature à se réaliser avant la mort du fiduciaire, toutes ces sortes de fidéicommis furent aussi sans doute reçues en France; et ils y conservèrent même, plus spécialement, leur nom propre et romain de fidéicommis; mais ce n'est pas vers eux que nos anciennes mœurs françaises furent attirées ; et ils n'y ont joué, en effet, qu'un rôle assez obscur.

Le fidéicommis qui sort ici, pour ainsi dire, de ligne, et qui va devenir l'un de nos modes français de disposition les plus importants, c'est celui par lequel le fiduciaire, c'est-à-dire un premier gratifié, est autorisé à conserver pendant sa vie et à rendre seulement après sa mort, l'objet de la libéralité à un second gratifié, qui est appelé à lui succéder.

C'est que, en effet, ce mode de disposition s'adaptait parfaitement aux mœurs de l'ancienne société française et aux principes politiques sur lesquels elle reposait.

Les Romains, dans l'établissement des différentes variétés de substitutions, qu'ils avaient admises, s'étaient proposé principalement de fournir aux citoyens un moyen sûr de ne pas mourir intestat (ce qui était, chez eux, une sorte de déshonneur!); et en ce qui concerne le fidéicommis, ils y avaient trouvé surtout cet avantage que ce mode de disposition était plus simple, plus facile, et qu'il tempérait ainsi, d'une façon équitable, l'austère sévérité des formes solennelles du testament.

Tout autres étaient les motifs, qui firent, en France,

la fortune des fidéicommis; ils favorisaient l'inégalité des partages, et les priviléges d'aînesse et de masculinité! ils étaient un puissant moyen de conservation des biens dans les familles! ils permettaient enfin de perpétuer l'éclat des grandes fortunes et l'illustration des grand noms! Voilà pourquoi l'ancien régime, en France, y trouva l'un de ses instruments les plus puissants.

Aussi, leur faveur fut-elle, en effet, très-grande; on ne se borna pas aux fidéicommis simples, ne comprenant qu'un seul grevé et un seul appelé, et par conséquent un seul degré de substitution; on créa des fidéicommis successifs ou graduels, qui comprenaient plusieurs grevés et plusieurs appelés, et par conséquent plusieurs degrés de substitution; et on en vint ainsi aux fidéicommis perpétuels, qui embrassaient, dans l'avenir, une suite indéfinie de générations!

C'est-à-dire qu'il s'était *formé par là comme un nouveau genre de succession, où la volonté de l'homme prenant la place de la loi, avait donné lieu d'établir aussi un nouvel ordre de jurisprudence* (préambule de l'Ordonnance du mois d'août 1747).

L'abus devint tel, que non-seulement il soulevait, dans le sein des masses de la société, des plaintes très-vives, mais que les hommes placés à leur tête pour les diriger, s'en émurent. C'est ainsi que d'Aguesseau écrivait que « l'abrogation entière des fidéicommis « serait peut-être la meilleure de toutes les lois. » (Lettre du 24 juin 1730, t. IX.)

Du moins une réforme était-elle indispensable.

Tel fut d'abord l'objet de l'Ordonnance d'Orléans du 31 janvier 1560, dont l'article 59 défendit d'avoir égard aux substitutions qui se feraient à l'avenir *outre et plus avant deux degrés de substitution, après l'institution et première disposition, icelle non comprise.*

Comme cette Ordonnance n'avait disposé que pour l'avenir, on prétendit tout naturellement que les substitutions créées antérieurement devaient demeurer perpétuelles; et l'Ordonnance de Moulins, du mois de février 1566, vint limiter au quatrième degré les substitutions établies avant 1560.

Enfin l'Ordonnance du mois d'août 1747, qui avait, en outre, pour but de réglementer tout ce régime des substitutions, *fort simple à son origine*, mais *qui était devenu beaucoup plus composé*, cette Ordonnance, dis-je, renouvela, dans son article 30, l'Ordonnance de Moulins, en décidant que la substitution ne pourrait s'étendre au delà de deux degrés, l'institution non comprise.

59. — Ce qu'il importe que nous ajoutions, c'est que celui des fidéicommis romains, qui s'est ainsi introduit et développé dans notre ancienne jurisprudence française, y a reçu spécialement la dénomination de *substitution fidéicommissaire*, c'est-à-dire une dénomination qui ne se trouve, dit fort justement Thévenot, nulle part en droit romain (sect. I, § 1, n° 30).

Et même, ajoute-t-il, « le mot trivial est *substitution* simplement; de manière que quand nous parlons de substitutions, nous entendons communément les fidéicommissaires. » (Joign. Domat, *Lois civ.*, p. 508-516.)

« L'usage, dit aussi Ricard, a tellement attaché à l'expression *je substitue*, l'idée de la *substitution fidéicommissaire*, et de l'ordre successif et du trait de temps, que tous les auteurs modernes la regardent unanimement comme suffisante pour former seule une substitution de cette nature. » (*Des substitut. directes et fidéicommissaires*, traité III, chap. VIII, sect. II, part. I, dist. 1.)

60. — Il était facile de prévoir le sort que la législation intermédiaire réservait aux substitutions; les

causes même qui avaient fait, dans le passé, leur succès, devaient désormais précipiter leur chute; elles avaient d'ailleurs soulevé trop de récriminations de toutes sortes et trop de haines pour ne pas être englouties, des premières, dans l'immense naufrage où allaient s'abîmer la plupart des établissements politiques et civils de l'ancien régime.

Aussi, la loi du 14 novembre 1792 les abolit-elle, d'une manière absolue, pour toute la France.

Article I : « Toutes substitutions sont interdites et « prohibées à l'avenir. »

Article II : « Les substitutions faites avant la publi- « cation du présent décret, par quelques actes que ce « soit, qui ne seront pas ouvertes à l'époque de la « dite publication, sont et demeurent abolies et sans « effet. »

Article III : « Les substitutions ouvertes lors de la « publication du présent décret n'auront d'effet qu'en « faveur de ceux seulement qui auront alors recueilli « les biens substitués, ou le droit de les réclamer. »

Nous n'avons pas à nous occuper ici des questions transitoires que soulevèrent ces deux derniers articles, qui statuaient, comme on voit, sur les substitutions faites antérieurement (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Substit. fidéicom.*, sect. I, § 13; Chabot, *Questions transitoires*, v° *Substitution*).

Qu'il nous suffise de remarquer que cette loi, dans la prohibition qu'elle faisait des substitutions pour l'avenir, pas plus que dans l'abolition qu'elle prononçait, pour le passé, des substitutions antérieurement faites, que cette loi, disons-nous, n'atteignait pas le grevé, et qu'elle lui laissait, au contraire, le bénéfice de la disposition, qui n'était, en aucun cas, rendu aux héritiers légitimes du disposant (comp. le *Décret* du 9 fructidor an II, 21e question).

61. — Il n'est pas douteux que la loi du 14 novembre 1792 était principalement dirigée contre les substitutions fidéicommissaires.

Mais la généralité des termes de l'article 1er embrassait d'ailleurs *toutes les substitutions;* et dès lors, les substitutions pupillaire et quasi-pupillaire ou exemplaire furent aussi abolies du même coup, dans celles des provinces françaises, où l'usage s'en était jusqu'alors maintenu (*supra*, n° 56). Ajoutons que cette abolition résultait, en outre, formellement de l'article 61 de la loi du 17 nivôse an II (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Substitution directe*, § 2, n° 16, et § 3, n° 10).

Quant à la substitution vulgaire, proprement dite, il serait véritablement impossible d'admettre qu'elle eût été interdite par l'article de cette loi; car la substitution vulgaire n'offre aucun des inconvénients des autres substitutions; elle n'a d'ailleurs rien que de conforme aux principes généraux du droit et à la liberté légitime de disposer, si bien que l'article 898 du Code Napoléon a été jusqu'à dire qu'elle n'est pas regardée comme une substitution! (*Infra*, n° 74; comp. Coin-Delisle, art. 898, n° 1).

62. — Nous voici arrivé à la dernière période, à celle de l'histoire contemporaine des substitutions; et ce n'est pas celle qui nous offre le moins de péripéties et de vicissitudes.

Les substitutions, en effet, sont, entre toutes les matières du droit privé, l'une de celles qui se rattachent le plus étroitement au droit public, et qui subissent dès lors le plus inévitablement le contre-coup des révolutions qui s'accomplissent dans les formes gouvernementales et dans les systèmes politiques du pays. Aussi l'histoire des substitutions, dans le demi-siècle qui vient de s'écouler, n'est-elle autre chose que l'histoire même de nos changements de constitutions!

C'est assez dire, hélas! que la nomenclature en est longue!

On peut constater, dans cet intervalle, cinq phases principales :

I. La première est celle du Code civil de 1804.

Il maintient la prohibition des substitutions (article 896).

Et à cette règle, il ne fait qu'une exception, à savoir : relativement aux pères et mères, et aux frères et sœurs, auxquels il permet d'assurer, par ce moyen, l'avenir de leurs petits-enfants et de leurs neveux et nièces, jusqu'à concurrence de la quotité disponible, contre les dissipations de leurs enfants ou de leurs frères et sœurs (art. 897, 1048 et suiv.).

On voit que cette espèce de substitution est inspirée par des considérations tout à fait étrangères à celles sur lesquelles était fondé l'ancien régime des substitutions fidéicommissaires.

63. — II. Une seconde exception ne tarda pas à y être introduite.

Et, lors de la révision du *Code Napoléon* par la loi du 3 septembre 1807, on ajouta la disposition qui a formé le troisième alinéa de l'article 896 :

« Néanmoins, les biens libres formant la dotation « d'un titre héréditaire, que l'Empereur aurait érigé « en faveur d'un prince ou d'un chef de famille, pour- « ront être transmis héréditairement, ainsi qu'il est « réglé par l'acte impérial du 30 mars 1806 et par le « Sénatus-consulte du 14 août suivant. »

Et l'article 5 de ce Sénatus-consulte était ainsi conçu :

« Quand Sa Majesté le jugera convenable, soit pour « récompenser de grands services, soit pour exciter « une utile émulation, soit pour concourir à l'éclat du « trône, elle pourra autoriser un chef de famille à sub-

« stituer ses biens libres pour former la dotation d'un « titre héréditaire, que Sa Majesté érigerait en sa fa- « veur, réversible à son fils aîné, né ou à naître, et à « ses descendants en ligne directe, de mâle en mâle par « ordre de primogéniture. »

C'était, comme on voit, le rétablissement des majorats, c'est-à-dire d'un certain genre de substitutions perpétuelles destinées à former la dotation de titres héréditaires, avec droit d'aînesse et de masculinité (comp. Décrets du 1er mars 1808; 4, 17 mai et 17 juin 1809; 3 mars 1810; 11 juin, 11 oct. 1811; 22 déc. 1812; Ord. du 7 août 1815, art. 3; Ord. du 25 août 1817).

64. — III. La loi du 17 mai 1826, rendue sous la Restauration, s'avança plus loin encore dans cette voie.

Article unique : « Les biens dont il est permis de disposer, aux termes des articles 913, 915 et 916 du Code civil, pourront être donnés, en tout ou en partie, par acte entre-vifs ou testamentaire, avec la charge de les rendre à un ou plusieurs enfants du donataire, nés ou à naître, jusqu'au deuxième degré inclusivement.

« Seront observés, pour l'exécution de cette disposition, les articles 1051 et suivants du Code civil jusques et y compris l'article 1074. »

Ce renvoi fait aux articles du Code civil sur les substitutions par lui permises, ne concernait que les conditions et les formes réglementaires; mais quant au fond, la loi nouvelle s'en écartait profondément; elle n'avait pas, en effet, seulement étendu le cercle des exceptions qu'il admettait, elle en avait dénaturé le caractère; c'était dans un but évidemment politique, afin de raffermir, à ce que l'on croyait du moins, le principe monarchique, qu'elle venait restaurer, sous certaines restrictions, les anciennes substitutions fidéicommissaires.

Le projet de loi, présenté en 1826 aux chambres législatives, proposait même en outre de décider que la portion de biens disponible formerait, de plein droit, un préciput en faveur du fils aîné, toutes les fois que le *de cujus* n'aurait pas exprimé une volonté contraire, c'est-à-dire qu'il proposait le rétablissement, du moins en partie, des droits d'aînesse et de masculinité.

Mais cette partie du projet avait été rejetée (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. I, n° 444).

65. — IV. La réaction était, tôt ou tard, inévitable; et elle ne se fit guère attendre.

La loi du 12 mai 1836, rendue sous la monarchie de 1830, la commença en ces termes :

Article premier ; « Toute institution de majorats est interdite à l'avenir. »

Quant aux majorats fondés antérieurement, cette loi fit une distinction :

Les majorats *de propre mouvement*, c'est-à-dire ceux qui avaient été établis, au moyen de dotations, par le chef de l'État, elle les laisse subsister purement et simplement. Enlever ces dotations aux titulaires, c'était désavouer une dette de reconnaissance acquittée par l'État; et il aurait été d'ailleurs trop dur de déposséder des particuliers au profit du Trésor public; les consolider irrévocablement, c'était priver l'État, à son tour, de l'expectative légitime, qu'il avait du droit de retour en cas d'extinction de la descendance. Il fut donc décidé que les biens compris dans les dotations formant cette première catégorie de majorats, continueraient à *être possédés et transmis conformément aux actes d'investiture* (art. 4).

Quant aux majorats *sur demande*, c'est-à-dire quant à ceux qui avaient été fondés avec des biens particuliers, la loi du 12 mai 1835, comme par une sorte de réminiscence des anciennes Ordonnances sur les substitu-

tions (*sup.* n° 58), en limita l'effet à deux degrés, l'institution non comprise (art. 2); et elle accorda en outre au fondateur le droit de les révoquer en tout ou en partie et d'en modifier les conditions, en ajoutant toutefois qu'il ne pourrait exercer cette faculté, s'il existait un appelé qui ait contracté antérieurement à la loi un mariage non dissous et dont il serait resté des enfants (art. 3).

La loi s'était bornée à l'abolition des majorats; elle n'avait pas abrogé la loi du 17 mai 1826 sur les substitutions. Ce n'est pas que cette abrogation n'eût été, dès cette époque, très-fortement demandée; et la lutte avait même été vive entre les adversaires et les partisans du système établi par la loi du 17 mai 1826; ce système pourtant ne fut pas alors renversé; mais ce n'était qu'un ajournement.

66. — V. En effet, la loi du 7 mai 1849, rendue sous le gouvernement républicain de cette époque, est venue ensuite accomplir cette œuvre de réaction.

La loi de 1849 s'occupe à la fois des majorats de biens particuliers et des substitutions.

Quant aux majorats établis, avec des dotations, par le chef de l'État, elle les laisse, par son silence même, sous l'empire de la loi du 12 mai 1835.

A. L'article 1er dispose que les majorats de biens particuliers sont abolis, dès qu'ils ont été transmis à deux degrés successifs à partir du premier titulaire, et que les biens qui les composaient, deviennent libres entre les mains de ceux qui en sont investis; et aux termes de l'article 2, même pour l'avenir, la transmission à deux degrés n'est maintenue qu'en faveur des enfants déjà nés ou conçus lors de la promulgation de cette loi.

Ce sont là, comme on voit, deux dispositions plus restrictives encore que celles de la loi du 12 mai 1835,

sous un double rapport : puisque, d'une part, la la loi de 1849 abolit immédiatement tous les majorats, pour lesquels deux transmissions ont eu lieu, à quelque époque que ce soit, même antérieurement à la loi de 1835 ; et que, d'autre part, la transmissibilité, ainsi réduite à deux degrés pour l'avenir, n'existe désormais qu'au profit des enfants déjà nés ou conçus au jour de la promulgation de la loi.

B. En ce qui concerne les substitutions, la loi du 7 mai 1849 s'exprime ainsi :

Article 8 : « La loi du 17 mai 1826, sur les substi-« tutions, est abrogée. »

Article 9 : « Les substitutions déjà établies sont « maintenues au profit de tous les appelés nés ou con-« çus lors de la promulgation de la présente loi.

« Lorsqu'une substitution sera recueillie par un ou « plusieurs des appelés dont il vient d'être parlé, elle « profitera à tous les autres appelés du même degré, « quelle que soit l'époque où leur existence aura com-« mencé. »

Ainsi, d'une part, abrogation complète de la loi du 17 mai 1826 sur les substitutions :

D'autre part, disposition transitoire, qui, relativement aux substitutions déjà établies, dans les termes de cette loi, maintient le droit des appelés nés ou conçus, en admettant toutefois, dans ce cas, à concourir avec eux, tous les autres appelés du même degré, à quelque époque que leur existence ou leur conception ait commencé.

« On objectera peut-être, disait à ce sujet le rapporteur, M. Valette, que, en 1792, la loi abolitive des substitutions a voulu que les biens substitués devinssent tout de suite libres entre les mains des grevés ; mais chacun sait qu'à cette grande époque de notre histoire, l'ardeur des réformes a plus d'une fois entraîné

le législateur au delà des limites de la justice et du bon droit. » (*Voy.* Duvergier, *Rec. des lois*, 1849, p. 154).

67. — Tel est aujourd'hui, sur cette matière, l'état de notre législation.

C'est-à-dire que nous avons fait, depuis 1804, en quelque sorte, le tour d'un cercle, et que le résultat de cette évolution a été de nous ramener exactement à notre point de départ.

C'est, en effet, aujourd'hui, le Code Napoléon, tel qu'il fut promulgué en 1804, qui renferme tout notre droit sur les substitutions.

Ce droit se compose donc d'une règle et d'une exception.

La règle est dans l'article 896 précité, qui prohibe les substitutions.

L'exception est dans l'article 397, ainsi conçu :

« Sont exceptées des deux premiers paragraphes de « l'article précédent, les dispositions permises aux « pères et mères et aux frères et sœurs, au chapitre VI « du présent titre. »

C'est de la règle elle-même que nous avons ici à nous occuper d'abord; nous expliquerons plus tard l'exception, à la place où elle a été mise par le législateur lui-même, dans notre titre (art. 1048 et suiv.).

II.

Quelles sont les substitutions que l'article 896 frappe de sa prohibition.

SOMMAIRE.

68. — Transition.
69. — On distinguait autrefois quatre sortes de substitutions : les unes *directes*, et les autres *indirectes*.
70. — De la substitution réciproque et de la substitution compendieuse.
71. — De la substitution simple et de la substitution graduelle.
72. — De la substitution universelle et de la substitution particulière.

73. — I et II. La substitution pupillaire et la substitution quasi-pupillaire ou exemplaire sont aujourd'hui impossibles.

74. — III. La substitution vulgaire est formellement autorisée. — Pourquoi notre Code ne l'a pas appelée par son nom.

75. — Il n'y avait, en effet, aucun motif pour prohiber la substitution vulgaire, qui n'est que l'exercice naturel et légitime de la faculté de disposer à titre gratuit.

76. — La faculté de substituer vulgairement est soumise aux mêmes règles de capacité ou autres, que la faculté d'instituer, ou plus généralement, que la faculté de disposer à titre gratuit.

77. — Suite.

78. — Les conditions, les charges ou autres modalités quelconques, qui auraient été imposées à l'institution, doivent-elles être aussi, dans le silence du disposant, considérées comme imposées à la substitution?

79. — La part du substitué, si le disposant n'a pas exprimé de volonté contraire, est celle qui a été attribuée à l'institué, auquel il est subrogé.

80. — La substitution vulgaire peut-elle être faite dans les donations entre-vifs aussi bien que dans les testaments?

81. — Dans quels cas la substitution vulgaire s'ouvre-t-elle?

82. — Dans quels cas, au contraire, s'éteint-elle?

83. — La substitution vulgaire revivrait-elle dans le cas où l'institué se ferait restituer contre son acceptation pour une cause quelconque, de minorité, de dol, de violence, etc.?

84. — *Quid*, si l'institué a été exclu comme indigne, ou plutôt déclaré déchu de la libéralité pour cause d'ingratitude envers le testateur?

85. — IV. Des fidéicommis et des substitutions fidéicommissaires. — Les fidéicommis ne sont pas prohibés, en tant qu'ils ne constituent pas une substitution fidéicommissaire. — Renvoi.

86. — L'article 896, lorsqu'il déclare que les substitutions sont prohibées, a en vue les anciennes substitutions fidéicommissaires.

87. — Il faut, en conséquence, rechercher : d'abord, quels sont, en droit, les caractères distinctifs de la substitution prohibée; et ensuite, quels sont, dans l'application, les moyens de distinguer la substitution prohibée d'avec les autres dispositions permises.

88. — A. Quels sont les caractères distinctifs de la substitution prohibée? — Observation.

89. — Définition de la substitution fidéicommissaire. — Exposition des quatre caractères principaux que l'on y découvre.

90. — 1° Il faut qu'il y ait une double disposition, ou, en d'autres termes, deux libéralités, deux donations entre-vifs ou deux legs.

91. — Doit-on voir une substitution dans la disposition par laquelle une personne a chargé son héritier légitime de conserver et de rendre tout ou partie de ses biens à un tiers, auquel elle les a légués? Ou, en sens inverse, dans la disposition par laquelle, en

léguant tout ou partie de ses biens à un tiers, elle a chargé son légataire de les conserver et de les rendre à son héritier légitime?

92. — C'est la charge de conserver et de rendre, imposée au premier gratifié au profit du second gratifié, qui forme le lien, pour ainsi dire, et la relation essentielle entre les deux libéralités.

93. — 2° Le second caractère distinctif de la substitution fidéicommissaire est le trait de temps, *tractus temporis*.

94. — Suite.

95. — Suite. — Le trait de temps, qui caractérise les substitutions, se retrouve-t-il le même dans les fidéicommis ou dans les legs conditionnels?

96. — Suite.

97. — 3° L'éventualité du droit de l'appelé forme le troisième caractère de la substitution prohibée.

98. — 4° Enfin, son quatrième caractère est l'ordre successif, l'*ordo successivus*. — En quoi consiste particulièrement, dans la substitution, ce qu'on appelle l'ordre successif?

99. — Suite.

100. — Suite. — Conciliation de l'article 896 avec l'article 1121.

101. — Conciliation de l'article 896 avec l'article 1040.

102. — Pourquoi le législateur qui a prohibé les substitutions, n'a pas prohibé les legs conditionnels.

103. — De ce que l'un des caractères les plus essentiels de la substitution prohibée est que l'époque de la restitution soit celle de la mort du grevé, en faut-il conclure que tel soit le caractère de la substitution en général, et particulièrement de la substitution permise? — Exemples.

104. — Résumé. — Conclusion.

105. — Il ne faudrait pas considérer comme substitution une disposition qui n'aurait que le caractère d'une simple fiducie. — Ce que l'on appelle *fiducie*.

106. — La disposition par laquelle le grevé a reçu du disposant la faculté d'élire le substitué, constitue-t-elle une substitution prohibée?

107. — La stipulation du droit de retour, dans une donation entre-vifs, soit pour le cas de prédécès du donataire seul, soit pour le cas de prédécès du donataire et de sa postérité, ne constitue pas une substitution.

108. — Dans notre ancien droit, le retour pouvait être stipulé non-seulement au profit du donateur, mais encore au profit de ses héritiers, et il se trouvait ainsi très-souvent mêlé aux substitutions. — Explication.

109. — Au contraire, aujourd'hui, d'après l'article 951, le droit de retour ne peut être stipulé qu'au profit du donateur seul. — Et de là peuvent naître des difficultés sur l'interprétation combinée des articles 896, 900 et 951. — Exposition.

110. — Du cas où le donateur, sans stipuler le droit de retour à son profit ni au profit de ses héritiers, l'a stipulé au profit d'un tiers.
111. — Du cas où le donateur ou le testateur a stipulé le droit de retour au profit de ses héritiers ou de son légataire, sans le stipuler à son profit à lui-même.
112. — Du cas où le donateur, en stipulant le droit de retour pour lui-même, l'a, en outre, stipulé pour d'autres, soit pour un tiers, ou (ce qui reviendrait au même) pour l'un ou quelques-uns de ses héritiers seulement, à l'exclusion des autres, soit pour tous ses héritiers sans distinction.
113. — Le droit d'accroissement pourrait, si l'on n'y prenait garde, servir aussi de déguisement à la substitution. — Exemple.
114. — Suite. — Du cas où plusieurs copropriétaires d'un immeuble conviennent de le posséder en commun, avec la clause que la part des prémourants accroîtra aux survivants.
115. — La disposition entre-vifs ou testamentaire, par laquelle l'usufruit est donné à l'un et la nue propriété à l'autre, ne saurait être considérée comme une substitution. — Explication.
116. — Mais les dispositions en usufruit et en nue propriété peuvent être combinées de telle manière que c'est souvent une difficulté grave de savoir si elles rentrent dans l'article 896 comme substitutions prohibées, ou dans l'article 899, comme dispositions permises. — Exemple.
117. — Suite. — Autre exemple.
118. — Suite.
119. — Suite.
120. — Suite. — Autre exemple.
121. — Suite. — Nouvel exemple.
122. — L'usufruit lui-même n'est pas susceptible de faire l'objet d'une substitution. — Conséquence.
123. — Suite.
124. — Il en est, sous ce rapport, de la rente viagère comme de l'usufruit.
125. — La charge imposée au grevé de conserver et de rendre à l'appelé, implique, comme condition de la substitution, l'identité d'objet, dans la double libéralité qui est faite à l'un et à l'autre.
126. — Que faudrait-il décider, si le donataire ou le légataire, auquel le disposant aurait donné un certain bien, avait été chargé de conserver et de rendre à un autre donataire ou légataire, un autre bien à lui appartenant?
127. — *Quid*, si le disposant, après avoir légué ses biens à Primus, le chargeait de remettre, après sa mort, à lui Primus, une somme de cent mille francs à Secundus?
128. — Suite. — Autre exemple.
129. — Quel est le caractère et quel doit être aujourd'hui le sort de la disposition par laquelle un donataire entre-vifs ou un légataire

est chargé de rendre à un tiers ce qui lui restera des biens donnés ou légués, *id quod supererit?*

130. — Suite. — Exposition. — Trois systèmes sont en présence :

131. — I. Le premier système enseigne qu'il faut déclarer nulle non-seulement la disposition subsidiaire au profit du second gratifié, mais encore la disposition principale au profit du premier gratifié.

132. — II. Le second système n'annule que la disposition *de eo quod supererit*, au profit du second gratifié ; et il maintient la disposition principale au profit du premier gratifié.

133. — III. D'après le troisième système, il faut déclarer valables tout ensemble et la disposition principale et la disposition subsidiaire.

134. — Suite. — Est-ce comme substitution non prohibée que doit être maintenue la disposition subsidiaire faite au profit du second gratifié, *de eo quod supererit?* ou ne doit-elle être considérée que comme une donation entre-vifs ou un legs ordinaire? — Importance de cette question.

135. — Suite. — Réflexions sur l'utilité et les avantages de la disposition à la charge de rendre *id quod supererit.*

136. — En quoi consiste le droit du premier gratifié, lorsque le disposant lui a imposé, sans autre explication, la charge de rendre ce qui restera?

137. — Suite. — Quels seront, dans la succession du premier gratifié, les biens qui devront être considérés comme *id quod superest* au profit du second gratifié?

138. — *Quid*, si la défense avait été faite par le disposant au premier gratifié, de disposer à titre gratuit, soit par testament, soit même entre-vifs?

139. — *Quid*, si le disposant, tout en chargeant son donataire ou son légataire de conserver et de rendre ses biens à un tiers, l'avait autorisé à les aliéner *en cas de besoin?*

140. — Faut-il faire une différence entre la charge de rendre *id quod supererit* ou *de residuo*, et la charge de rendre *si quid supererit?*

141. — Pour qu'il y ait substitution, il faut que la charge de conserver et de rendre ait été imposée au grevé d'une façon impérative et obligatoire; mais, en même temps, il n'y a point, à cet égard, de termes sacramentels.

142. — Faut-il voir une substitution dans le simple conseil que le testateur aurait adressé à son légataire de laisser les biens à un tiers? — ou dans le désir, dans la prière, dans la recommandation qu'il aurait exprimés à cet égard?

143. — Il n'y a point d'expressions sacramentelles pour établir une substitution. — Il suffit que la charge de conserver et de rendre résulte, soit des termes, quels qu'ils soient, de l'acte, soit de la nature de la disposition elle-même. — Exemple.

144. — Suite.

145. — Suite. — De la disposition par laquelle un époux prémourant

lègue tous ses biens à son époux survivant, pour le cas où les enfants de leur commun mariage mourraient avant lui.

146. — Autre exemple.

147. — La défense d'aliéner forme-t-elle une substitution?

148. — *Quid*, de la défense d'aliéner hors de la famille?

149. — Suite.

150. — *Quid*, de la défense de tester?

151. — *Quid*, de l'obligation qui aurait été imposée au donataire ou au légataire d'instituer un tiers pour son héritier?

152. — *Quid*, de l'obligation imposée au donataire ou au légataire d'un immeuble déterminé de léguer cet immeuble à un tiers.

153. — Il faut qu'il résulte de la disposition que c'est seulement à l'époque de son décès que le grevé a été chargé de rendre. — Exemple.

154. — Suite. — Comment faudrait-il interpréter la charge de rendre, qui serait imposée sans autre addition ni explication?

155. — *Quid*, si le disposant, qui a imposé au donataire ou au légataire la charge de rendre les biens donnés ou légués, l'a aussi chargé de les conserver sans limitation d'aucune durée de temps?

156. — Lorsque la charge de rendre est reportée au décès du grevé, il importe peu qu'elle ait été, en même temps, subordonnée à quelque autre condition. — Exemple.

157. — B. Quels sont, dans l'application et dans la pratique, les moyens d'interprétation à employer pour discerner les substitutions prohibées d'avec les autres dispositions permises? — La règle, à cet égard, est que, dans le doute, la disposition attaquée doit être interprétée en ce sens qu'elle ne renferme pas une substitution prohibée.

158. — Suite.

159. — On ne doit plus admettre aujourd'hui les substitutions conjecturales, c'est-à-dire celles qui seraient déduites d'interprétations arbitraires. — Explication.

160. — Suite. — La condition ne vaut pas vocation. — Explication.

161. — En quel sens il faut interpréter aujourd'hui ce qu'on appelait autrefois la substitution compendieuse.

162. — Lorsque la condition à laquelle est subordonnée la disposition principale, qui se trouve accompagnée d'une disposition secondaire, est de nature à s'accomplir soit avant le décès du testateur, soit après son décès, on doit, en général, présumer que le testateur n'a eu en vue que le cas où elle s'accomplirait de son vivant. — Exemple.

163. — Suite. — Autre exemple.

164. — Suite. — Nouvel exemple.

165. — Suite.

166. — Suite.

167. — Du cas où il y a doute sur le point de savoir si, deux ou plusieurs personnes étant appelées les unes après les autres, les premières sont légataires de la propriété ou légataires seulement de l'usufruit.

168. — Du cas où il y a doute sur le point de savoir si la disposition impose la charge absolue de conserver et de rendre, ou seulement la charge de rendre *id quod supererit*.

169. — Il faut que le doute soit raisonnable et possible pour qu'il soit permis de ne pas voir une substitution dans la disposition attaquée comme telle.

170. — La circonstance que le légataire n'était pas conçu à l'époque de la confection du testament pourra être indicative d'une substitution ; mais elle ne saurait en être un signe toujours certain.

171. — Faut-il conclure de ce qui précède que la question de savoir si une disposition présente ou ne présente pas les caractères d'une substitution prohibée, ne soit qu'une simple question de fait et d'interprétation de volonté, et que les arrêts rendus en cette matière échappent à la censure de la Cour de cassation?

172. — De quelle manière peut être faite la preuve d'une substitution prohibée?

68. — Nous entrons dans la partie doctrinale de notre sujet; et la thèse, que nous avons ici à résoudre, consiste à savoir quelles sont les substitutions qui se trouvent comprises dans la prohibition de l'article 896.

Cette thèse est importante, à raison de la sanction sévère de cet article, qui frappe de nullité la disposition tout entière, l'institution comme la substitution.

Nous pourrions ajouter que *la multitude et la subtilité des questions abstraites dont elle est remplie*, en font aussi l'une de nos thèses les plus délicates; car ces mots du préambule de l'Ordonnance de 1747, sans avoir, bien entendu, la même portée qu'autrefois, sont néanmoins, à beaucoup d'égards, exacts encore même aujourd'hui !

Le désir, en général, si naturel à l'homme de régler, pour le plus long avenir, la transmission des biens qui lui échappent, et particulièrement, dans certaines

familles, de régler cette transmission au gré de leurs croyances politiques, désir dès longtemps fortifié par des habitudes traditionnelles, et par la faveur des lois;

D'autre part, la ressemblance de certaines dispositions permises avec les sustitutions prohibées; ressemblance qui favorise les déguisements et les fraudes, et qui est telle parfois que c'est une tâche pleine de perplexités que d'avoir à discerner les unes d'avec les autres;

Telles sont les deux causes principales, qui, en maintenant ce sujet dans notre droit moderne, y ont toujours aussi maintenu beaucoup de ses difficultés et de ses incertitudes.

69. — On distinguait autrefois, ainsi que nous l'avons vu, quatre sortes de substitutions (*supra*, n°s 53 et suiv.) :

I. La substitution vulgaire;

II. La substitution pupillaire;

III. La substitution quasi-pupillaire ou exemplaire;

IV. Le fidéicommis, en général, et spécialement la substitution fidéicommissaire.

Les trois premières, et surtout la vulgaire, étaient généralement appelées *substitutions directes*, parce que, en effet, le substitué y recevait du disposant, directement et sans intermédiaire, l'objet de la libéralité; et on appelait, au contraire, *substitution indirecte ou oblique* la substitution fidéicommissaire, dans laquelle le substitué ne recevait la libéralité du disposant qu'indirectement et par l'intermédiaire de l'institué en premier ordre (comp. Merlin, *Répert.*, v^{is} *Substitution directe* et *Substitution fidéicommissaire*).

Ces dénominations, quoique moins usitées, sont encore exactes aujourd'hui, parce qu'elles expriment en effet les deux caractères essentiels de ces substitutions.

70. — Nous n'avons pas mentionné, dans cette nomenclature, deux autres substitutions que les anciens jurisconsultes y ajoutaient aussi; nous voulons parler de la substitution *réciproque* et de la substitution *compendieuse*. Nous ne les avons pas mentionnées, par la raison qu'elles ne constituent pas un genre nouveau et particulier de substitution, mais qu'elles ne sont, en réalité, que des formes de substitution et des manières de substituer.

Qu'est-ce, en effet, que l'on appelait la substitution réciproque?

C'est celle qui était faite entre les institués et qui appelait les uns à défaut des autres, soit vulgairement, soit pupillairement, soit exemplairement; elle pouvait même comprendre à la fois les différentes espèces de substitutions.

Et la substitution compendieuse ou *compendiaire*, comme disait Pothier? (*Des Substit.*, art. prélim.)

C'est celle qui comprenait, en termes généraux, toutes les sortes de substitutions, si bien que c'était l'événement qui décidait de l'espèce, à laquelle elle appartenait, et qu'elle pouvait être ainsi, suivant les cas, vulgaire, pupillaire, exemplaire ou même fidéicommissaire; c'était précisément de sa formule abrégée *qui contenait*, dit Ricard, *plusieurs substitutions en peu de mots* (chap. I, n° 9), que lui était venu son nom de *compendieuse*; et voilà pourquoi on l'appelait aussi *sommaire* ou même *breviloque*; *idem est loqui breviter et loqui compendio sermonis* (Doneau, *Comm.*, VI, 22, 23); dénomination d'ailleurs, qui avait été également appliquée à la substitution réciproque, en tant qu'elle avait elle-même le caractère de substitution compendieuse.

On voit que ce ne sont là en effet que des formes de substitution, des manières de substituer, qui peu-

vent soulever sans doute des questions d'interprétation de volonté délicates et intéressantes (*infra*), mais qui ne constituent pas une espèce à part de substitution, puisqu'elles rentrent, au contraire, toujours nécessairement dans l'une ou dans l'autre des autres espèces (Merlin, *Répert.*, v° *Substitution directe*, §§ 4 et 5).

71. — Ce n'est pas non plus une distinction qui suppose une nouvelle catégorie de substitutions, que celle qui les divise en *simples* et *graduelles*.

Les substitutions simples sont celles qui n'ont qu'un degré;

Les substitutions graduelles sont celles qui ont plusieurs degrés.

C'est là seulement une modalité possible des diverses espèces de substitutions que nous venons d'exposer, et non pas un nouveau genre de substitution (comp. Pothier, *loc. supra cit.*)

72. — La même observation s'applique à la distinction qui divise les substitutions, à raison de leur objet, en substitutions universelles et substitutions particulières, suivant qu'elles comprennent l'universalité, en tout ou en partie, du patrimoine du disposant, ou seulement des objets singuliers (*Inst.* de Just., lib. II, tit. XXIII, *de Fideicomm. heredit*, et tit. XXIV, *de Singulis rebus per fideicommiss. relictis;* Pothier, *loc. supra cit.*).

73. — Cela posé, reprenons nos quatre espèces de substitutions, afin de préciser ce qui est aujourd'hui prohibé et ce qui est permis, ce qui est nul enfin et ce qui est valable.

I et II. Et d'abord, il y en a deux, qu'il faut écarter tout de suite comme impossibles; à savoir : la substitution pupillaire et la substitution quasi-pupillaire ou exemplaire.

Nous savons que déjà, sous la législation intermé-

diaire, elles avaient été complétement abolies (*supra*, n° 61).

Elles ne le sont assurément pas moins sous notre droit nouveau.

On pourrait leur appliquer d'abord le premier alinéa de notre article 896, qui dispose, en termes généraux, que *les substitutions sont prohibées*.

Nous n'avons pas d'ailleurs besoin, contre elles, de ce texte qui, en effet, ne nous paraît pas avoir été dirigé contre elles, mais seulement contre les substitutions fidéicommissaires. Mais ces sortes de substitutions avaient un caractère si exorbitant, qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'elles soient impossibles, que la loi les ait défendues; il aurait fallu, au contraire, pour qu'elles fussent possibles, que la loi les eût permises. Ce n'est que par l'organisation tout exceptionnelle de la famille romaine, et aussi par la profonde répugnance qu'avaient les Romains à mourir sans testament, que l'on peut expliquer comment ils en étaient venus à permettre à une personne de faire le testament d'une autre et de disposer de l'hérédité d'autrui !

Ce sont là des lois et des mœurs tout à fait étrangères à nos mœurs et à nos lois, d'après lesquelles chacun ne peut disposer par testament que *de ses biens* (art. 895).

Aussi, a-t-on décidé, très-justement, suivant nous, dans les premières années qui suivirent la promulgation de notre Code, que les substitutions pupillaire et quasi-pupillaire ne pouvaient pas même être maintenues, dans le droit nouveau, comme on les maintenait autrefois dans le droit coutumier, à titre de fidéicommis ou de dispositions conditionnelles. (comp. *supra*, n° 56; Turin, 1er févr. 1806, Milano, Sirey, 1806, II, 101; Turin, 13 févr. 1810, Ponzio,

Sirey, 1813, II, 328; Merlin, *Rép.*, v° *Substitution directe*, § 2, n° 16 et § 3, n° 10.)

74. — III. Nous n'éprouverons pas non plus d'embarras, en ce qui concerne la substitution vulgaire.

Celle-ci est, en effet, au contraire, formellement autorisée par l'article 898 en ces termes :

« La disposition par laquelle un tiers serait appelé « à recueillir le don, l'hérédité ou le legs, dans le cas « où le donataire, l'héritier institué ou le légataire ne « le recueillerait pas, ne sera pas regardée comme une « substitution et sera valable. »

Nous disons que cet article autorise formellement la substitution vulgaire, quoiqu'il déclare *qu'elle ne sera pas regardée comme une substitution ;* car il est manifeste que, malgré cette formule, la disposition, dont il s'agit, constitue essentiellement une substitution, celle-là même que l'on a toujours appelée, dans le droit, *substitution vulgaire.*

Si le législateur s'est ainsi exprimé, c'est sans doute parce qu'il était exclusivement préoccupé des substitutions fidéicommissaires, les seules qu'il eût en vue dans l'article 896, lorsqu'il a déclaré que *les substitutions* sont prohibées, en sous-entendant, comme faisaient nos anciens, le mot *fidéicommissaires ;* de telle sorte que l'article 898, qui s'y réfère, signifie lui-même seulement que la disposition qu'il autorise, ne sera pas regardée comme une substitution *fidéicommissaire*, en sous-entendant aussi ce dernier mot.

Ceci d'ailleurs était, nous en convenons, assez inutile à dire; car nul assurément n'aurait confondu la substitution vulgaire avec la substitution fidéicommissaire !

Peut-être aussi, le législateur de 1804, toujours attentif, comme dit M. Coin-Delisle, à ne pas réveiller

les susceptibilités populaires (art. 898, n° 1), n'a-t-il pas voulu donner ouvertement le nom de substitution à une disposition qu'il autorisait; de même que nous l'avons vu éviter d'appeler l'usufruit du nom de *servitude personnelle*, et de donner le nom de *retrait* à la faculté qu'il accorde au cohéritier d'écarter du partage le cessionnaire des droits successifs de son cohéritier (comp. notre *Traité de la Distinction des biens ; de la Propriété ; de l'Usufruit*, etc., t. II, n° 211; et notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 9).

75. — Quoi qu'il en soit, l'article 898 a finalement pour but de décider, et il décide en effet très-nettement que cette disposition *sera valable*.

Eh ! pourquoi donc ne le serait-elle pas ?

La faculté de substituer vulgairement ! mais elle est comme la faculté même d'instituer ! c'est le droit commun ! c'est la règle ! c'est la liberté enfin, qui appartient à chacun de nous de disposer de ses biens à titre gratuit !

Je lègue mes biens à Pierre ; et si Pierre ne peut ou ne veut les recueillir, je les lègue à Paul.

Est-ce que le legs fait en second ordre à Paul, n'est pas, comme le legs fait à Pierre en premier ordre, l'exercice le plus légitime et le plus naturel de mon droit de disposer !

« Nous n'avons point, disait fort justement Ricard, d'autre origine des substitutions directes que la faculté générale qui a été donnée aux particuliers de disposer de leurs biens au profit de personnes capables ; cette liberté de choisir un héritier, emportant naturellement avec soi la faculté d'en substituer plusieurs avec subordination des uns aux autres, afin que si les premiers ne veulent pas ou n'ont pas le pouvoir d'accepter la libéralité du défunt, elle puisse être recueillie par les derniers, chacun suivant l'ordre dans lequel il

est appelé par le testateur. » (*Des Substit. direct. et fidéic.*, chap. I, n° 4.)

Le substitué vulgairement ne recueillant d'ailleurs qu'à défaut de l'institué, c'est-à-dire qu'autant que celui-ci ne recueille pas, c'est toujours du disposant lui-même qu'il reçoit, *recta via*, sans trait de temps, sans intermédiaire, directement enfin, *jure suo*, *absque alicujus ministerio*, disait Peregrinus (art. 1, n° 3); et c'est bien pour cela que la substitution vulgaire a été nommée substitution *directe*, par opposition à la substitution fidéicommissaire, dans laquelle le substitué ne reçoit du disposant que par l'intermédiaire de l'institué, et indirectement ; d'où lui est aussi venu son nom de substitution *indirecte ou oblique*.

C'est-à-dire que la substitution vulgaire *n'allant*, comme dit encore Ricard (*loc. supra*), *qu'à donner un héritier avec plus de certitude*, et ne produisant jamais, en tout et pour tout, qu'une seule transmission, qui s'accomplit en un seul moment, n'a aucun des inconvénients de la substitution fidéicommissaire, et qu'elle ne produit ni incertitude dans la propriété, ni l'ordre successif, ni enfin aucune de ces conséquences dommageables, qui ont fait proscrire les substitutions fidéicommissaires.

76. — C'est parce que la faculté de substituer vulgairement n'est que la conséquence de la faculté d'instituer, ou plus généralement de disposer à titre gratuit, que la substitution vulgaire est soumise aux mêmes règles de capacité ou autres, et qu'elle peut être faite avec les mêmes modalités et sous les mêmes conditions que l'institution principale ; car elle n'est elle-même autre chose qu'une institution, quoique subsidiaire seulement et en sous-ordre.

C'est ainsi qu'il est nécessaire que le substitué, s'il s'agit d'un testament, soit au moins conçu à l'époque

du décès du testateur; et s'il s'agit d'une donation entre-vifs, au moment de la donation.

Très-grande différence de la substitution vulgaire avec la substitution fidéicommissaire ! (art. 906, 1048, 1051 ; *voy.* toutefois art. 1082.)

77. — Pareillement la substitution, de même que l'institution, peut être universelle, ou à titre universel, ou à titre particulier.

Et de même que l'on peut faire un ou plusieurs *institués*, on peut faire aussi un ou plusieurs *substitués*. Le disposant a toute liberté à cet égard ; c'est ainsi, par exemple, qu'il peut substituer plusieurs personnes les unes aux autres, plusieurs à une seule, une seule à plusieurs ; donner un substitué à chaque institué ; substituer même au substitué, c'est-à-dire faire une substitution vulgaire graduelle, etc. (comp. *Inst.* de Just., *de Vulgar. subst.*, § 1).

78. — Nous venons de remarquer que la substitution vulgaire peut aussi, comme l'institution, et plus généralement comme la disposition principale, être faite purement et simplement, à terme, sous condition, avec ou sans charges.

C'est une question seulement de savoir si les conditions, les charges, ou autres modalités quelconques, qui auraient été imposées à l'institution, doivent être aussi, dans le silence du disposant, considérées comme imposées à la substitution.

La négative paraissait admise autrefois, surtout en ce qui concerne les conditions (comp. L. 73, ff. *de Hæred. inst.;* Merlin, *Répert.*, v° *Subst. directe*, § 1, n° 3).

Cette doctrine, dans sa généralité, nous paraîtrait trop absolue ; et nous aimons mieux dire que c'est là seulement une question d'interprétation de la volonté du disposant, dont la solution, par conséquent,

est subordonnée aux termes de la disposition et aux divers autres éléments de solution que chaque espèce peut présenter ; nous nous réservons d'ailleurs d'y revenir à l'occasion de la théorie du droit d'accroissement, où elle se reproduira toute sembable (art. 1044, 1045).

79. — Ce qui est certain d'ailleurs, et très-logique, en effet, c'est que la part du substitué, si le disposant n'a pas exprimé une volonté contraire, est celle qui a été attribuée à l'institué auquel il est subrogé (comp. Duranton, t. VIII, n° 40).

80. — Mais la substitution vulgaire, qui peut sans doute avoir lieu dans toute espèce de disposition testamentaire, peut-elle être faite aussi dans les donations entre-vifs ?

Notre article 898 paraît bien supposer l'affirmative, en mentionnant également *le don* et *le legs*, *le donataire* et *le légataire*.

Mais ces sortes de dénominations n'ont pas toujours, à beaucoup près, dans la terminologie actuelle de notre Code, une précision rigoureuse (comp. art. 967 et 1002).

Et la vérité est que la substitution vulgaire ne saurait avoir lieu dans une donation entre-vifs de biens présents faite purement et simplement, puisque la donation entre-vifs n'est parfaite que par l'acceptation du donataire, et que, une fois que le donataire entre-vifs pur et simple a accepté, le droit lui est irrévocablement acquis, de façon à ce que la caducité de ce droit soit désormais impossible.

On pourrait toutefois concevoir une sorte de substitution vulgaire, même dans une donation entre-vifs pure et simple de biens présents, dans le cas particulier où la donation et l'acceptation devraient être faites par actes séparés (art. 932) ; comme, par exemple,

dans cette hypothèse : Je donne ma maison à mon frère Pierre, qui se trouve actuellement à Lyon, pourvu qu'il en fasse l'acceptation avant un mois de ce jour ; et dans le cas où la donation n'aurait pas été acceptée par lui dans ce délai, je donne ma maison à Paul (comp. Marcadé, art. 898).

Mais lorsqu'il s'agit d'une donation entre-vifs acceptée, c'est-à-dire d'une donation entre-vifs véritable et proprement dite, ce n'est qu'autant qu'elle serait faite sous une condition soit suspensive, soit résolutoire, qu'elle pourrait admettre une substitution vulgaire (*infra*, n° 82).

Ainsi, par exemple, je puis donner entre-vifs ma maison à Primus sous telle ou telle condition, en déclarant que je la donne à Secundus, dans le cas où cette condition viendrait à défaillir. Si Primus et Secundus ont tous les deux accepté (comme il le faut!), nous aurons là, en effet, une sorte de substitution vulgaire, par laquelle Secundus acquerra la maison, au lieu et place de Primus, dans le cas où la condition ne se réaliserait pas (comp. Poitiers, 3 avril 1818, Chevillon, Sirey, 1818, II, 197; Riom, 25 févr. 1825, Mourguy, Sirey, 1827, II, 26; Duranton, t. VIII, n°s 35-38; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 8, 9).

Mais ces sortes de donations entre-vifs sont, bien entendu, infiniment rares ; et la substitution vulgaire n'est pratiquée que dans les testaments, où elle est, au contraire, depuis longtemps fort en usage.

81. — La substitution vulgaire s'ouvre, lorsque l'institué, ou plus généralement le gratifié en premier ordre, ne recueille pas.

Or, l'institué peut ne pas recueillir dans deux cas, à savoir :

1° Lorsqu'il ne veut pas, lorsqu'il répudie ;

2° Lorsqu'il est prédécédé ou qu'il se trouve incapable de recueillir.

Ces deux cas, disons-nous, donnent ouverture à la substitution, lorsque le disposant l'a ainsi voulu; et il sera évident qu'il l'aura voulu ainsi, lorsqu'il aura prévu, explicitement ou implicitement, ces deux cas; comme s'il a dit qu'il appelait le substitué, pour le cas où l'institué *ne pourrait ou ne voudrait pas recueillir*, ou bien encore : *à défaut de l'institué*, etc.

Mais que décider, s'il a prévu expressément un seul de ces deux cas?

Supposons, par exemple, que, en appelant le substitué, il a dit seulement : *pour le cas où l'institué ne voudrait pas;* ou seulement : *pour le cas où l'institué ne pourrait pas.*

Le substitué recueillera-t-il :

Dans le premier cas, l'institué *voulant*, mais ne *pouvant pas?*

Dans le second cas, *l'institué pouvant, mais ne voulant pas?*

Cette question était autrefois fort agitée entre les jurisconsultes.

Un parti considérable enseignait la négative et que la substitution ne devait s'ouvrir ni dans l'une ni dans l'autre de ces hypothèses :

Les conditions doivent être accomplies, disait-on, *stricte*, *in forma specifica*, sans équipollents; et cette règle doit d'autant plus être maintenue dans les dispositions testamentaires, que les conditions n'y ont d'autre raison d'être que la volonté du testateur, que sa volonté souveraine et parfois aussi capricieuse et inexplicable; or, le testateur n'a appelé le substitué taxativement que pour un seul cas; donc, si ce cas ne se réalise pas, il est impossible de l'appeler parce qu'un autre cas plus ou moins semblable se

réalise; car, pour ce dernier cas, le substitué n'a pas de vocation (comp. Vinnius, *Quæst. select.*, lib. II, cap. XXIII; Ricard, *des Subst.*, chap. V, n° 207).

Mais la doctrine contraire avait aussi ses défenseurs; et elle nous paraît, en effet, préférable:

De quoi s'agit-il? de rechercher quelle a été, vraisemblablement, raisonnablement, l'intention du disposant; sans doute, il ne faut pas admettre d'équipollents dans les conditions auxquelles les legs sont soumis; et nous ne demandons pas mieux que de reconnaître que ces conditions doivent être accomplies, comme on dit, *in forma specifica*. Mais toutes ces généralités ne doivent pas obscurcir la grande règle, qui domine et qui doit, au contraire, si j'osais ainsi dire, illuminer toute cette matière, à savoir : qu'il faut rechercher la véritable intention du testateur; et que si on reconnaît que le testateur, quoique n'ayant exprimé qu'un seul cas, a entendu évidemment y comprendre un autre cas absolument semblable, *qui tendit ad eumdem finem*, on doit y comprendre ce cas, encore bien qu'il ne l'ait pas exprimé.

Or, telle est tout à fait notre hypothèse; qu'importe, en effet, la cause par suite de laquelle l'institué ne recueille pas, défaut de *pouvoir* ou défaut de *vouloir*, *deficientis potestatis vel voluntatis?*

Ce que le testateur a voulu, c'est que s'il ne recueillait pas, le substitué recueillît; et dès lors, toute cause qui empêche l'institué de recueillir, doit ouvrir la vocation du substitué. C'est bien là ce que paraît aussi supposer la formule même de notre article 898.

Il n'en serait autrement qu'autant que des termes du testament il résulterait que le cas prévu par le testateur est restrictif, et non pas seulement énonciatif (comp. L. 3, *Cod. de condit. et demonst.*; L. 101, ff. *De*

condit. et demonstr.; Voët, *ad Pandect.*, lib. XXVIII, tit. VI, n° 12; Mantica, *De conject. ultim. vol.*, lib. V, § 13; Troplong, t. I, n° 177).

82. — La substitution vulgaire s'éteint, lorsque l'institué recueille (L. 5, Cod. *De impub. et aliis substit.*).

Et il suffit, pour que l'institué soit considéré comme ayant recueilli, qu'il ait survécu avec la capacité de recevoir, soit au disposant seulement, si le legs est pur et simple, soit en outre, à l'événement de la condition, si le legs est conditionnel (*supra*, n° 81).

Il n'est pas d'ailleurs nécessaire qu'il ait accepté, comme on l'enseignait autrefois relativement à l'héritier institué, qui n'acquérait que par l'adition (comp. art. 1014; Merlin, *Répert.*, v° *Substit. directe*, § 1, n° 7).

83. — Mais la substitution vulgaire revivrait-elle, dans le cas où l'institué, ou plus généralement le gratifié, se ferait restituer contre son acceptation pour une cause quelconque, de minorité, de dol ou de violence?

Non! répondaient encore autrefois plusieurs interprètes : *semel hæres, semper hæres*. Tel était notamment l'avis de Furgole, qui se fondait sur la loi 7, § 10 au Digeste, *De minoribus*, et la loi 2, § 3, *De vulgari et pupillari substitutione* (t. III, chap. x, sect. I, n° 70; *voy.* aussi Vinnius, *Quæst. select.*, lib. I, cap. xv).

Mais pourtant la rescision de l'acceptation, qui est une espèce de *restitutio in integrum*, remet les choses au même état que si l'acceptation n'avait pas eu lieu : « .... *ut unusquisque jus suum recipiat.* » (*Voy.* notre *Traité des Successions*, t. II, n°s 558 et 561.)

Or, si l'acceptation de l'institué n'avait pas eu lieu, la vocation du substitué vulgairement se serait ouverte;

Donc, sa vocation doit s'ouvrir, lorsque l'acceptation de l'institué rescindée est réputée *in præteritum* n'avoir pas eu lieu.

Cet argument nous paraît décisif; et on ne peut voir, en outre, la démonstration par laquelle Merlin a prouvé que les textes romains indiqués par Furgole n'y sont nullement contraires (*Répert.*, v° *Substit, directe*, § 1, n° 6).

Ajoutons même que la Nouvelle I de Justinien (cap. 1, §§ 1 et 3), confirme expressément notre doctrine, en décidant que dans le cas où l'institué est privé de l'hérédité pour n'avoir pas accompli les dernières volontés du défunt dans l'année de son adition, sa déchéance donne ouverture à la vocation du substitué vulgairement, à l'exclusion des héritiers légitimes (comp. Doneau, *Comm.* VI, 24, 19; Hilliger, *h. l.* note 9; Favre, *Controv.* VII, 73; Troplong, t. I, n° 179).

84. — Faudrait-il appliquer aussi cette doctrine au cas où l'institué serait exclu pour cause d'indignité, ou mieux encore et plus généralement, au cas où le gratifié en premier ordre serait privé de la libéralité par l'effet d'une action en révocation pour cause d'ingratitude? (art. 1046, 1047).

Cette question peut paraître plus délicate.

Il est certain, en effet, que, dans ce cas, le droit romain n'admettait pas qu'il y eût ouverture de la substitution vulgaire; et Papinien en donnait cette raison : *nam pœna illius, hujus præmium esse non debet* (L. 15, princ. ff. *de Senat. Silaniano*).

Le principe romain avait été admis par plusieurs de nos anciens jurisconsultes français, qui décidaient aussi que le légataire institué en premier ordre, quoiqu'il fût exclu comme indigne, n'en faisait pas moins obstacle à l'ouverture de la substitution vulgaire au profit du légataire institué en second ordre (comp.

Julien, *Inst.*, liv. II, tit. xv; de Montvallon, *des Success.*, chap. III, art. 2).

Mais nous avons déjà proposé, pour notre part, une doctrine contraire (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. I, n° 301).

Et nous croyons devoir y persister. Cette doctrine d'ailleurs a été aussi fort explicitement consacrée par la Cour de cassation en ces termes :

« Attendu que la déclaration d'indignité, *semblable*, « *par ses effets*, *à l'incapacité*, faisant disparaître com- « plétement la disposition testamentaire, et la rendant « caduque, il s'ensuit que le droit d'accroissement s'est « ouvert au profit de l'autre colégataire. » (15 nov. 1855, Labargue, Dev., 1856, I, 185; ajout. Cass., 22 juin 1847, Gouthey, Dev., 1847, I, 673; Troplong, t. I, n° 180).

Voilà pour la substitution vulgaire.

85. — IV. Restent le fidéicommis et la substitution fidéicommissaire (*supra*, n° 69).

Quant au fidéicommis proprement dit, nous allons voir qu'il n'est pas prohibé, en tant qu'il ne constitue pas une substitution fidéicommissaire. Le fidéicommis n'est plus, à vrai dire, chez nous, autre chose qu'une donation ou un legs fait sous une certaine modalité; notre Code même n'a employé nulle part cette dénomination; et nous n'avons guère conservé, dans la pratique ni dans la théorie non plus, l'expression spéciale de fidéicommis pour désigner les legs qui en présentent les caractères; nous les appelons d'ordinaire tout simplement des legs à terme et sous condition.

Il convient seulement d'excepter le cas où il s'agit d'une disposition qui a pour but de faire parvenir une libéralité à une personne incapable, par l'entremise d'une personne capable; dans ce cas, en effet, qui rappelle la première origine du fidéicommis romain (*supra*, n° 54), cette espèce de disposition a

conservé sa dénomination primitive de *fidéicommis*, et encore même n'est-ce que dans la doctrine et dans l'usage; car notre Code y voit, alors seulement, ce que la langue juridique morderne désigne sous le nom d'une interposition de personne (art. 911, 1100; *infra*, n° 638).

36. — Pour qu'un fidéicommis soit prohibé, il faut donc qu'il constitue une substitution.

Et tel est bien, en effet, le texte de notre article 896.

« *Les substitutions* sont prohibées. »

Les substitutions!

Mais que faut-il entendre par ce mot? et quelles sont les substitutions que cet article a en vue?

Il ne nous paraît pas douteux que l'article 896 est dirigé contre *les substitutions fidéicommissaires* de notre ancienne jurisprudence française, telles que nous les avons tout à l'heure décrites, c'est-à-dire contre les substitutions, dont l'ouverture différée jusqu'à la mort du grevé créait un ordre particulier de succession par la volonté de l'homme, à côté et en dehors de l'ordre de succession créé par la volonté de la loi (*supra*, n° 58). La démonstration en résultera de tous les développements qui vont suivre.

Nous en fournirons, toutefois, dès à présent, deux preuves déjà décisives : l'une, déduite des textes mêmes de notre Code; l'autre, des motifs sur lesquels ils sont fondés :

1° Et d'abord, il est très-vraisemblable, ou plutôt même il est certain que le législateur de notre Code, en employant le mot *substitution*, a entendu y attacher l'acception, suivant laquelle il était à cette époque et depuis très-longtemps employé en France; or, nous savons que le mot *substitution*, en France, signifiait, dans le langage usuel et *trivial*, comme disait Thévenot, *substitution fidéicommissaire* (*supra*, n° 59); donc, telle

est aussi l'acception suivant laquelle le législateur du Code l'a employée dans l'article 896.

L'article 897, ainsi que les articles 1048 à 1051, ne laissent, à cet égard, aucun doute.

En effet, les substitutions, que ces articles permettent, par exception à la règle prohibitive de l'article 896, ont ce caractère que l'ouverture en est généralement différée jusqu'à la mort du grevé; or, le fait auquel une exception s'applique, doit évidemment avoir le même caractère que le fait auquel s'applique la règle elle-même, puisque autrement il ne serait pas compris dans la règle, et que l'exception dès lors ne serait pas nécessaire; donc, puisque les substitutions permises par exception à la règle posée par l'article 896, ne s'ouvrent qu'à la mort du grevé, c'est que les substitutions prohibées par l'article 896, sont celles en effet dont l'ouverture n'a lieu qu'à l'époque de la mort du grevé (comp. Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 457 et 518).

2° Les motifs, d'ailleurs, qui ont déterminé le législateur à édicter cette prohibition, sont, de tous points, d'accord avec le texte ainsi entendu.

Il y a, en premier lieu, de cette prohibition, un motif juridique qu'il nous paraît utile de mettre en relief. C'est que la substitution, en tant que le disposant prétend régler le sort du bien dont il dispose, non pas seulement après lui-même et dans sa propre succession, mais encore après son donataire ou son légataire, et jusque dans la succession de celui-ci, et même encore au delà pendant plusieurs séries de générations, c'est, disons-nous, que la substitution, avec ce caractère, est véritablement un mode de disposition exorbitant et excessif! Que chacun puisse disposer *de ses biens pour le temps où il n'existera plus* (art. 895), c'est là une conséquence légitime, et suivant nous, même nécessaire, du droit de pro-

priété (*supra*, n° 4); mais il nous paraîtrait, au contraire, très-difficile de justifier, au point de vue rationnel et philosophique du droit, la prétention qui tend à perpétuer, à travers les siècles, de la part du propriétaire décédé, cette faculté de disposition, au lieu et place de ses successeurs dans l'avenir. Aussi, cette faculté excessive, je le répète, et exorbitante, n'existait-elle point, en principe, dans la législation romaine; et M. Bigot-Préameneu a fort justement remarqué que « les pères de famille, qui pouvaient, avec une entière indépendance, distribuer leur fortune entre ceux qui existaient pour la recueillir, *n'avaient pas l'autorité de créer, à leur gré, un ordre de succession, et d'enlever ainsi la prérogative de ceux qui, dans chaque génération, devaient aussi être investis de la même magistrature.* » (Exposé des motifs, Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 358, 558.) Ce n'est que par suite de l'introduction du fidéicommis, c'est-à-dire par une origine tout au moins irrégulière, puisqu'elle rappelle une fraude à la loi, que ce mode de disposition fut admis dans le droit romain; mais il faut reconnaître qu'il est une exagération manifeste de la faculté de disposer à titre gratuit; une exagération même, qui pouvait être fort compromettante à une époque où cette faculté de disposer a été l'objet de vives attaques dans sa mesure même la plus restreinte et dans ses plus légitimes limites; et sous ce premier point de vue, le législateur de notre Code a dû en prononcer l'abrogation.

Cette objection, d'ailleurs, n'est pas la seule que soulevaient, devant les législateurs de 1804, les substitutions fidéicommissaires!

Voici comment M. Bigot-Préameneu s'exprimait encore dans l'*Exposé des motifs :*

« Il était impossible de concilier avec l'intérêt géné-

ral de la société cette faculté d'établir *un ordre de successions* perpétuel et particulier à chaque famille, et même un ordre particulier à chaque propriété, qui était l'objet des substitutions....

« L'expérience a prouvé que, dans les familles opulentes, cette institution n'ayant pour but que d'enrichir l'un de ses membres en dépouillant les autres, était un germe toujours renaissant de discordes et de procès. Les parents nombreux, qui étaient sacrifiés, et que le besoin pressait, n'avaient de ressource que dans les contestations qu'ils élevaient, soit sur l'interprétation de la volonté, soit sur la composition du patrimoine, soit sur la part qu'ils pouvaient distraire des biens substitués, soit enfin sur l'omission ou l'irrégularité des formes exigées.

« Chaque grevé de substitution n'étant qu'un simple usufruitier, avait un intérêt contraire à celui de toute amélioration ; ses efforts tendaient à multiplier et à anticiper les produits qu'il pouvait retirer des biens substitués, au préjudice de ceux qui seraient appelés après lui.

« Une très-grande masse de propriétés se trouvait perpétuellement hors du commerce ; les lois, qui avaient borné les substitutions à deux degrés, n'avaient point paré à ces inconvénients ; celui qui, aux dépens de sa famille entière, avait joui de toutes les prérogatives attachées à un nom distingué et à un grand patrimoine, ne manquait pas de renouveler la même disposition ; et si, par le droit, chacune d'elles était limitée à un certain temps, elles devenaient, par le fait de leur renouvellement, des substitutions perpétuelles.

« Ceux, qui déjà étaient chargés des dépouilles de leurs familles, avaient la mauvaise foi d'abuser des substitutions pour dépouiller aussi leurs créanciers ; une grande dépense faisait présumer de grandes ri-

chesses; le créancier, qui n'était pas à portée de vérifier les titres de propriété de son débiteur, ou qui négligeait de faire cette perquisition, était victime de sa confiance; et dans les familles auxquelles les substitutions conservaient les plus grandes masses de fortune, chaque génération était le plus souvent marquée par une honteuse faillite.

« Les substitutions ne conservaient des biens dans une famille qu'en sacrifiant tous ses membres pour conférer à un seul l'éclat de la fortune; une pareille répartition ne pouvait être établie qu'en étouffant tous les sentiments de cette affection qui est la première base de la juste transmission des biens entre les parents. Il ne saurait y avoir un plus grand vice dans l'organisation d'une famille que celui de tenir dans le néant tous ses membres pour donner à un seul une grande existence; de réduire ceux que la nature a faits égaux, à implorer le secours et la bienfaisance du possesseur d'un patrimoine, qui devrait être commun....

« Enfin, si les substitutions peuvent être mises au nombre des institutions politiques, on y supplée d'une manière suffisante et propre à prévenir les abus, en donnant, pour disposer, toute la liberté compatible avec les devoirs de famille.

« Ce sont tous ces motifs, qui ont déterminé à confirmer l'abolition des substitutions déjà prononcée par la loi d'octobre 1792. » (Locré, *Législ. civ.*, t. XI, p. 359-361.)

N'y fut-on pas déterminé par d'autres considérations encore qui tenaient à l'état politique de la France à cette époque? Et l'abolition des substitutions ne fournissait-elle pas aussi le moyen d'anéantir l'influence des anciennes familles et des grands propriétaires, qui ne se montraient pas sincèrement attachés au Gouvernement

nouveau? Des documents sérieux autoriseraient à le penser ainsi (*voy.* l'opinion de M. Boulay de la Meurthe, dans la séance du conseil d'État, du 14 pluviôse an XI, lors de la discussion de l'article 896 (*Conférences du Code Napoléon,* t. IV p. 137); et la lettre de Napoléon Ier au roi Joseph, datée de Saint-Cloud, le 5 juin 1806, et rapportée dans les *Mémoires et correspondances politiques et militaires du roi Joseph*, publiés par M. Du Casse, aide de camp du prince Jerôme Napoléon, t. II, p. 275, 276).

Quoi qu'il en soit, ce qui est certain, c'est que c'est aux substitutions fidéicommissaires que s'appliquent les motifs si bien exposés par M. Bigot-Préameneu; et ce sont dès lors, sans aucun doute, les substitutions fidéicommissaires que l'article 896 déclare prohibées (comp. Saintespès-Lescot, t. I, nos 49 et suiv.; Troplong, t. I, nos 86 et suiv.; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 182).

87. — Il est donc nécessaire, afin de savoir quelles sont les dispositions auxquelles l'article 896 s'applique, et quelles sont celles, au contraire, auxquelles il ne s'applique pas, de déterminer les éléments constitutifs de la substitution, que cet article a en vue.

Tel doit être maintenant l'objet de notre étude; et à cet effet, nous rechercherons:

A. En premier lieu, quels sont, en droit, en théorie, les caractères distinctifs de la substitution prohibée;

B. Ensuite, quels sont, dans l'application et dans la pratique, les moyens d'interprétation à employer afin de discerner les substitutions prohibées d'avec les autres dispositions permises; et de quelle manière peut être faite la preuve d'une substitution prohibée.

88. — A. Nous demandons d'abord quels sont, en

droit, les éléments caractéristiques auxquels on doit reconnaître la substitution prohibée.

Ce premier point est très-important.

« Les substitutions deviendraient un champ immense et sans bornes, a fort bien dit Thévenot, si l'on prétendait parcourir toutes les espèces qui peuvent s'y rencontrer ; c'est à la déduction claire et lumineuse des règles capitales, qu'il faut diriger principalement ses efforts. » (*Des Substit.*, préface, n° 10.)

Nous le croyons tout à fait ainsi, et que même rien ne serait plus propre à compliquer et à obscurcir de plus en plus ce sujet, que de vouloir s'attacher à l'infinie variété des espèces, sous lesquelles les substitutions prohibées peuvent se produire, et dont nos livres de jurisprudence offrent, çà et là, un si grand nombre d'exemples plus ou moins discordants.

Ce qu'il faut donc surtout entreprendre, c'est de poser les vrais principes de la matière, et de dessiner le plus nettement possible les traits essentiellement distinctifs de la substitution prohibée.

89. — Or, il nous semble que la substitution prohibée par notre article 896 pourrait être ainsi définie :

Une disposition par laquelle une personne gratifiée en premier ordre est chargée de conserver, pendant sa vie, et de rendre, après sa mort, à une autre personne, gratifiée en second ordre, sous la condition que celle-ci lui survivra.

Telle était l'ancienne substitution fidéicommissaire, que l'article 896 a en vue ; et l'espèce de décomposition ou d'analyse à laquelle on l'avait autrefois soumise, y avait fait découvrir quatre caractères principaux, qu'elle renferme véritablement, en effet, et que nous retrouverons, explicitement ou implicitement, aussi dans l'article 896.

Ces caractères sont :

1° Une double disposition ;

2° Un trait de temps entre l'une et l'autre, *tractus temporis ;*

3° L'éventualité de la vocation de la personne gratifiée en second ordre ;

4° L'ordre successif, *ordo successivus,* établi de façon à ce que le second gratifié succède, en effet, au premier gratifié après sa mort.

90. — 1° Il faut, d'abord, disons-nous, une double disposition, ou en d'autres termes, deux libéralités, deux donations ou deux legs.

Deux libéralités, qui doivent venir :

Non pas l'une *à défaut* de l'autre ! ce qui serait le cas de la substitution vulgaire ;

Non pas l'une *en même temps* que l'autre ; ce qui serait le cas d'une libéralité faite conjointement ;

Mais bien l'une *après* l'autre.

C'est-à-dire, suivant la latinité de Pérégrinus, *ordine successivo, et non conjunctivo seu simultaneo* (art. 17, n°s 1, et suiv.).

Et voilà bien ce qui résulte des termes de l'article 896, où l'on voit que c'est *un donataire, un héritier institué ou un légataire,* gratifié en premier ordre, qui est chargé de conserver et de rendre à un tiers gratifié pour venir, après lui, en sous-ordre ; d'où même est venue cette maxime fort usitée autrefois dans notre matière : *nemo oneratus, nisi honoratus !* ou encore : *quem non honoro, gravare non possum* (Thévenot, n°s 24 et 90).

Il y a donc nécessairement toujours, dans une substitution fidéicommissaire ou prohibée, trois rôles ou trois personnages, savoir :

L'auteur de la disposition, que l'on nomme le *substituant,* ou quelquefois encore, mais très-rarement, le *grevant, gravans ;*

L'institué ou le premier gratifié, que l'on nomme le *grevé*, *gravatus;*

Le substitué enfin, que l'on nomme aussi très-communément *l'appelé.*

Bien entendu, nous ne parlons ici que de la substitution *simple*, c'est-à-dire à un seul degré; si la substitution était *graduelle*, c'est-à-dire à plusieurs degrés, il y aurait autant de dispositions que de degrés; et le premier *substitué* serait lui-même *grevé* vis-à-vis du second *substitué*, qui devrait venir après lui, et ainsi de suite du second vis-à-vis du troisième, etc.

Enfin, pour compléter ici tout de suite, comme disait Thévenot, *les principales dénominations de la matière* (chap. II), nous ajouterons que les biens, qui font l'objet de la substitution, sont désignés sous le nom de *biens substitués* et quelquefois aussi *de biens fidéicommissés* (comp. l'Ordonn. de 1747; et Cod. Nap., art. 1048 et suiv.).

91. — Dire qu'il faut deux libéralités, c'est dire évidemment qu'il est nécessaire que les deux gratifiés, *l'institué* et *le substitué*, reçoivent leur vocation à titre gratuit du disposant lui-même, et qu'ils soient, tous les deux, ses donataires ou ses légataires.

Et de là est née la question de savoir s'il y a substitution dans une disposition par laquelle une personne a chargé son héritier légitime de conserver et de rendre tout ou partie de ses biens à un tiers, auquel elle les a légués ?

Ou, en sens inverse, dans une disposition par laquelle, en léguant tout ou partie de ses biens à un tiers, elle a chargé ce légataire de les conserver et de les rendre à son héritier légitime?

On a soutenu la négative, précisément par le motif, a-t-on dit, que l'héritier légitime ne recevant savocation que de la loi, n'est ni donataire, ni legataire du

défunt, et que, par conséquent, il ne peut pas être considéré comme *institué*, dans la première espèce, ni comme *substitué*, dans la seconde, *non honoratus.... ergo non oneratus* (*supra*, n° 90); et on a invoqué ces mots de l'article 896 : *héritier institué*, pour en conclure qu'ils étaient exclusifs de l'héritier ab intestat ou légitime.

Quelques auteurs, et notamment M. Duranton (t. VIII, n°s 67 et 68), qui enseignent que l'héritier légitime ne devrait pas être regardé comme *institué*, dans le premier cas, ajoutent qu'il devrait être, au contraire, regardé comme *substitué*, dans le second cas; de telle sorte qu'il y aurait, suivant eux, substitution dans la seconde espèce seulement, et non dans la première (comp. Delvincourt, t. II, p. 390; Toullier, t. III, n° 47; Rolland de Villargues, n°s 93 et 146; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Substitution*, sect. I, art. 1, § 1, n° 15; Demante, *Thémis*, t. II, p. 57).

Mais cette doctrine a été, pour l'un comme pour l'autre cas, généralement repoussée; et elle nous paraît en effet, de tous points, inadmissible :

Elle est d'abord contraire à toutes les traditions, soit du droit romain où l'héritier légitime pouvait, comme l'héritier institué et le légataire, être grevé d'un fidéicommis (Inst. *de fideicomm. hæredit.*, § 10), soit de notre ancien droit français, où l'on pouvait certainement aussi grever de substitution fidéicommissaire *l'héritier légitime* comme *l'héritier institué*, si bien que l'Ordonnance de 1747 les mentionne même formellement tous les deux (tit. II, art. 1 et 2; ajout. Thévenot, chap. VI, n° 85; Pothier, *des Substit.*, sect. IV, art. 1, § 3).

C'est que, en effet, la disposition faite par le défunt a interverti le titre de l'héritier légitime, et que la vocation de celui-ci, modifiée comme elle l'a été, pro-

cède alors, non plus de la loi, mais en réalité de la volonté du disposant lui-même (comp. L. 1, § 6, ff. *De legat.*, 3°; art. 1048, 1049, Cod. Napol.).

Ajoutons que la doctrine contraire aurait les conséquences les plus funestes, puisqu'elle ne tendrait à rien moins qu'à effacer en grande partie, la prohibition décrétée, en termes si absolus pourtant! par notre article 896, et à faire revivre la plupart des anciennes substitutions fidéicommissaires, qui étaient mises, en effet, très-souvent à la charge des héritiers légitimes. Aussi, Demante s'est-il départi ensuite, dans *son Cours analytique* (t. IV, n° 10 *bis*), du sentiment qu'il avait d'abord exprimé dans la *Thémis* (comp. Angers, 7 mai 1822, Hunaut, Sirey, 1822, II, 180; Cass., 13 août 1856, Gauthier, Dev., 1856, I, 893; Cass., 11 déc. 1860, l'Administ. de l'enregistrement, Dev., 1861, I, 185; Grenier et Bayle-Mouillard, t. I, p. 222 et suiv.; Coin-Delisle, art. 896, n° 12; Marcadé, art. 896, n° 4; Troplong, t. Ier, nos 107 et 161; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 14).

92. — C'est la charge de conserver et de rendre imposée au premier gratifié au profit du second gratifié, qui forme, pour ainsi dire, le lien, la relation entre les deux libéralités.

Et cette relation est essentielle! car si le droit du substitué doit toujours dépendre de la condition de sa survie au grevé, il ne doit, au contraire, jamais dépendre de la volonté ni du fait de celui-ci (*infra*, n° 130).

C'est de là, en effet, que résulte l'un des inconvénients les plus considérables, qui ont fait prohiber la substitution fidéicommissaire, à savoir : l'espèce d'inaliénabilité, dont elle frappe les biens substitués, qui résulte de cette chance de résolution ou d'extinction, à laquelle sont nécessairement soumises les aliénations, que le grevé pourrait consentir.

93. — 2° Le second caractère distinctif de la substitution fidéicommissaire, est, avons-nous dit, le trait de temps, *tractus temporis*, c'est-à-dire l'espace, l'intervalle, qui doit séparer l'ouverture du droit du grevé de l'ouverture du droit de l'appelé (comp. Thévenot, chap. I, n° 25).

Le trait de temps, en effet, c'est la condition indispensable de l'*ordo successivus*.

Il est vrai que ce caractère ne paraît pas être exclusivement propre à la substitution fidéicommissaire; et comme il peut se rencontrer aussi, à certains égards, dans les fidéicommis et dans les legs conditionnels, il ne serait pas, à lui seul, un moyen sûr pour discerner la substitution prohibée d'avec ces deux autres modes de disposition.

Et toutefois, il faut remarquer que des différences notables distinguent, même sous ce rapport, les substitutions fidéicommissaires, soit des simples fidéicommis, soit des legs conditionnels.

94. — Dans les substitutions fidéicommissaires, le trait de temps doit nécessairement réunir les deux conditions que voici :

1° Il faut qu'il dure pendant toute la vie du grevé;

2° Il faut qu'il ne soit pas effacé ni supprimé, *in præteritum*, par l'ouverture de la substitution.

D'abord, que le trait de temps doive s'étendre pendant toute la vie du grevé, c'est ce que nous allons démontrer tout à l'heure, lorsque nous établirons le quatrième caractère de la substitution prohibée, l'*ordo successivus*. Puisque, en effet, c'est à l'époque de l'ouverture de la succession du grevé, que l'appelé doit recueillir les biens substitués, la conséquence en est évidemment que le trait de temps, pendant lequel le grevé est chargé de les conserver, est de toute la durée de sa vie (*infra*, n° 98).

Nous ajoutons que ce trait de temps n'est pas effacé ni supprimé, *in præteritum*, lorsque la substitution vient à s'ouvrir.

Ce qui constitue, en effet, l'essence de la *substitution* fidéicommissaire, c'est l'existence de deux *institutions* ou libéralités, dont l'une vient après l'autre, et lui succède de manière à ce qu'il y ait non pas seulement deux dispositions, mais bien deux transmissions successives.

Et c'est précisément cet ordre particulier de succession, que le régime des anciennes substitutions françaises avait pour but d'établir.

C'est-à-dire que le grevé est et demeure toujours l'intermédiaire entre le disposant et le substitué ; il est, comme disaient nos anciens auteurs, *le canal* par lequel les biens substitués arrivent de l'un à l'autre ; on pourrait dire qu'il est, en quelque sorte, le *trait d'union* entre eux !

Oh ! sans doute, ce n'est pas du grevé que le substitué reçoit la libéralité : *substitutus capit a gravante, non a gravato !* C'est là aussi un des axiomes de notre matière ! (comp. Thévenot, chap. XXXVIII, n° 631 ; Cass., 5 juillet 1852, Moreau, Dev., 1852, I, 741).

Mais s'il est incontestable que le *substitué* reçoit du *substituant*, il n'est pas moins certain qu'il ne reçoit de lui que par l'entremise du *grevé*.

Voilà bien ce qui explique comment, dans les substitutions, il n'est pas nécessaire que l'appelé soit conçu à l'époque de la mort du disposant ! c'est que les biens substitués ne lui arrivent pas, *recta via*, directement, du disposant lui-même, avec lequel il n'est pas indispensable qu'il se soit trouvé en contact ; les biens, au contraire, ne lui arrivent qu'indirectement, *obliquo modo*, par l'entremise du grevé, *cum mediante facto et ministerio alterius*, dit Pérégrinus (art. 1, n° 3) ; d'où précisément est venue

à la substitution fidéicommissaire le nom de *substitution indirecte* (*supra*, nos 69 et 75).

C'est ce qui fait aussi comprendre ce que tous nos anciens jurisconsultes enseignaient encore, et fort exactement, à savoir : que le droit de l'appelé est ouvert *ut ex nunc*, comme du jour de la mort du grevé, et non pas *ut ex tunc*, comme du jour de la mort du disposant (comp. Thévenot, chap. XXIII, n° 583).

Or, si tout cela est vrai, et cela est, je le répète, incontestable, il faut bien évidemment que le *trait de temps*, pendant lequel le grevé a été lui-même propriétaire, ne soit pas effacé par l'ouverture de la substitution ! autrement, nous n'aurions plus d'intermédiaire, plus de *canal*, plus de *trait d'union* entre le *substituant* et le *substitué !*

Aussi, la propriété, que le grevé acquiert, fait-elle sur sa tête une impression ineffaçable, que l'ouverture de la substitution ne saurait détruire dans le passé.

On lit très-souvent, dans les anciens auteurs et dans les auteurs modernes, comme aussi dans la plupart des décisions judiciaires, que le droit de grevé est résoluble, et qu'il se trouve, en effet, résolu par l'événement de l'ouverture de la substitution (comp. Thévenot, *loc. supra cit.;* Pothier, *des Substit.*, sect. v, art. 2; Troplong, t. I, n° 105).

Tout en reconnaissant que cette formule est très-accréditée, nous dirons qu'elle ne nous paraît pas exprimer, d'une façon rigoureusement exacte, le vrai caractère du droit du grevé, puisqu'elle impliquerait l'idée d'une résolution rétroactive dans le passé.

Non ! la propriété du grevé n'est pas résoluble, dans la vérité juridique des termes; c'est tout simplement une propriété *ad tempus*, qui finit, qui meurt, lorsque la substitution vient à s'ouvrir, mais qui n'est pas résolue. Elle finit, dis-je; donc, elle a duré ! elle meurt;

donc, elle a vécu! Le droit du grevé, en un mot, si j'osais m'exprimer ainsi, *a fait son temps!* et quand le droit de l'appelé s'ouvre et commence, il lui succède, il le continue, comme un héritier succède au droit de son auteur et le continue; mais il ne l'efface pas et ne le résout pas plus que le droit naissant de l'héritier n'efface et ne résout le droit éteint de son auteur décédé.

Voilà le trait de temps dans la substitution fidéicommissaire.

95. — Le retrouvons-nous semblable soit dans les fidéicommis, soit dans les legs conditionnels?

Il est vrai que le fidéicommis, qui consiste précisément dans une transmission indirecte du disposant au gratifié par l'entremise du grevé, suppose, par cela même, le trait du temps.

Mais, d'abord, s'il s'agit d'un fidéicommis pur, sans terme ni condition, ce trait de temps sera, en quelque sorte, imperceptible; il ne sera, comme disait Bergier (sur Ricard) qu'*un point mathématique*, *sans tenue et sans durée,... qu'un moment qui saisit le grevé et précède immédiatement celui qui le dépouille* (sect. III, chap. VIII, part. I, § 2 de l'addition).

Et quant au fidéicommis conditionnel, celui qui présente le trait de temps avec un caractère d'autant plus semblable au trait de temps de la substitution fidéicommissaire, que celle-ci le lui a effectivement emprunté, une grande différence servira toujours à les distinguer dans l'une et dans l'autre disposition :

C'est que le trait de temps, dans le fidéicommis conditionnel, n'est pas de toute la vie du grevé; il ne pourrait pas même avoir cette durée, sans cesser d'être un simple fidéicommis pour se transformer en une substitution fidéicommissaire prohibée.

Merlin a dit, avec beaucoup de raison, « que l'ar-

ticle 896 ne considère pas comme substitution tout ce que les lois romaines qualifiaient de fidéicommis. » (*Répert.*, v° *Inst. contract.*, § 5, n° 8.)

Or, la distinction essentielle, qui sépare d'avec les substitutions prohibées les fidéicommis en général, et particulièrement les fidéicommis conditionnels, c'est-à-dire ceux-là qui offrent avec les substitutions prohibées le plus de ressemblance, c'est que le trait de temps, dans les substitutions prohibées, doit toujours être de la durée de la vie du grevé; tandis que dans les fidéicommis, au contraire, il ne doit jamais avoir cette durée, et qu'il ne la pourrait avoir qu'en se transformant en une substitution prohibée (*infra,* n° 98).

96. — La même observation s'applique aux legs conditionnels; et le trait de temps ne doit pas non plus y avoir toute la durée de la vie du grevé; autrement, le prétendu legs conditionnel ne serait lui-même autre chose qu'une substitution prohibée.

Mais une autre différence encore distingue, en outre, suivant nous, le trait de temps, dans les substitutions, d'avec le trait de temps, dans les legs conditionnels.

C'est que celui qui est grevé d'un legs conditionnel, n'a, lui! très-véritablement, qu'une propriété résoluble, qu'une propriété, en quelque sorte, par *interim*, comme dit Ulpien (L. 12, § 5, ff. *de Usufruct. et quemadmod. quis ut.*); à la différence du grevé de substitution, qui a une propriété que l'on peut dire incommutable, quoiqu'elle ne soit que *ad tempus;* c'est que, dès lors, l'événement de la condition, qui ne fait que mettre fin, *in futurum,* à la propriété du grevé de substitution, résout, au contraire, *in præteritum*, la propriété de celui qui était grevé d'un legs conditionnel.

Nous savons bien que cette différence a été contestée. Pour soutenir que la rétroactivité de la condi-

tion accomplie n'a pas lieu dans les testaments comme dans les contrats, on a fait remarquer, d'abord, que cette rétroactivité n'était établie que par l'article 1179, dans le titre *des Contrats ou obligations conventionnelles*, et qu'aucun article semblable n'existait dans le titre *des Donations entre-vifs et des Testaments;* en second lieu, que précisément, la conséquence principale, la seule conséquence même, que l'article 1180 déduisait de cette rétroactivité, à savoir, la transmissibilité héréditaire du droit conditionnel, était impossible dans les testaments et déclarée telle, en effet, par l'article 1040, conforme en ce point à toutes les traditions et à tous les principes (comp. Demante, *Thémis*, t. II, p. 58 et suiv.; Coin-Delisle, art. 896, n° 20, et *Revue critique de législation*, 1856, t. IX, p. 302 et suiv.)

Mais cette doctrine nous paraîtrait trop absolue.

Ce n'est pas ici le lieu d'examiner à fond cette thèse de la rétroactivité de la condition dans les legs, sur laquelle nos anciens auteurs étaient déjà, en effet, fort divisés (comp. Ricard, *des Dispositions condit.*, n° 203; Furgole, VII, 4, 144; Henrys, t. III, liv. VI, quest. 23).

Nous voulons seulement, quant à présent, remarquer qu'il y a eu peut-être, dans cette controverse, plus de malentendu, s'il est permis de s'exprimer ainsi, que de dissentiment véritable.

Il est une proposition certaine, et reconnue par tous, c'est que la condition dans les legs ne peut s'accomplir utilement qu'au profit du légataire lui-même personnellement, et par conséquent de son vivant; d'où la conséquence que, sous ce rapport, il est vrai de dire que la condition n'y a pas un effet rétroactif, en ce sens qu'elle ne peut pas s'accomplir efficacement, après la mort du légataire, au profit de ses héritiers, comme la condition s'accomplit, efficace-

ment, au profit des héritiers du stipulant, dans les contrats (comp. art. 1122, 1179, 1039, 1040).

Mais suit-il de là que lorsqu'il arrive que la condition s'accomplit utilement au profit du légataire lui-même survivant, elle ne devra pas opérer cette rétroactivité, qui est, en général, son caractère et sa conséquence?

Voilà ce que nous ne pensons pas.

Eh! pourquoi donc, par exemple, faut-il que le légataire, même conditionnel, soit conçu à l'époque du décès du testateur? (art. 906) c'est évidemment parce qu'il n'en reçoit pas moins que le légataire pur et simple, le legs du testateur lui-même, *recta via*, directement et sans intermédiaire; or, s'il n'y a pas d'intermédiaire entre le testateur et le légataire conditionnel, une fois que la condition est accomplie, c'est donc que le droit qu'avait, avant l'événement de la condition, celui qui était grevé du legs, est effacé *in præteritum* et véritablement résolu; c'est donc, en un mot, que la condition, dans ce cas, a un effet rétroactif.

Et c'est là aussi l'explication de cette différence capitale entre les substitutions et les legs, que dans les unes, il n'est pas nécessaire que les appelés soient conçus à l'époque de la mort du substituant; tandis que dans les autres, il est indispensable que les légataires, même conditionnels, soient conçus à l'époque de la mort du testateur.

Nous nous félicitons de pouvoir ajouter que Demante, qui avait combattu cette doctrine dans la *Thémis* (*loc. supra cit.*), l'a depuis enseignée lui-même dans son *Cours analytique* (t. III, n° 10 *bis*, III; ajout. Duranton, t. VIII, n° 85; Troplong, t. I, n° 291).

Au reste, nous ne prétendons pas que cette différence

entre la substitution et le legs conditionnel, puisse être toujours un moyen sûr de distinguer l'une d'avec l'autre; car cette différence, bien que très-réelle, se relève, à vrai dire, dans les conséquences de l'une et de l'autre espèce de dispositions, plutôt encore que dans leurs éléments constitutifs et essentiels.

97. — 3° Nous avons signalé comme troisième caractère de la substitution prohibée, l'éventualité du droit de l'appelé, qui doit être subordonné à la condition de sa survie et de sa capacité de recevoir, à l'époque de la mort du grevé.

Il est vrai encore que ce caractère n'appartient pas non plus exclusivement à la substitution prohibée; et on le trouve également dans les fidéicommis et dans les legs conditionnels; d'où il suit qu'il ne fournirait pas, à lui seul, le moyen de discerner ces différentes dispositions les unes d'avec les autres.

Quoi qu'il en soit, l'éventualité n'en est pas moins aussi un des signes essentiellement caractéristiques de la substitution. Toute substitution est, en effet, conditionnelle, sous le double rapport de la survie et de la capacité de l'appelé à l'époque du décès du grevé.

Et c'est bien cette éventualité conditionnelle qui, frappant d'une incertitude funeste le droit du grevé, rend ainsi précaires et périssables toutes les aliénations qu'il peut faire, ou plutôt qui rend les biens substitués véritablement inaliénables, en fait, dans ses mains.

98. — 4° Enfin, le quatrième caractère de la substitution prohibée est l'ordre successif, l'*ordo successivus* (*supra*, 89).

Pour celui-ci, il lui est tout à fait propre! et il forme l'un de ses traits le plus particulièrement distinctifs!

Il ne s'agit pas, en effet, ici, de cet ordre successif, qui est l'attribut commun de tous les fidéicommis, où l'on voit deux transmissions, dont l'une vient après

l'autre et lui succède. L'ordre *successif*, qui distingue la substitution prohibée, c'est un ordre *successoral*, et, s'il était permis de dire ainsi, un ordre *héréditaire;* car il consiste essentiellement en ceci que l'appelé ne doit recueillir les biens substitués que lors de l'ouverture de la succession du grevé; de manière à ce que la seconde transmission offre, pour ainsi dire, l'image d'une *succession*. Il faut, en un mot, que le *trait de temps* et *l'éventualité* durent, l'un et l'autre, pendant toute la vie du grevé, et soient reportés jusques à sa mort, afin que la substitution s'ouvre à la même époque et par les mêmes événements que la succession de celui-ci.

Telles étaient bien nos anciennes substitutions françaises, celles qui créaient un ordre particulier de succession, à côté de l'ordre de succéder établi par la loi; celles qui s'étaient ainsi élevées à la hauteur d'une institution politique; et qui exerçaient, en effet, une influence considérable sur la constitution des familles et de l'État.

Or, ce sont là précisément les substitutions que le Code Napoléon a voulu prohiber.

Il est vrai que l'article 896, en décidant que la substitution prohibée consiste dans la charge imposée à l'institué *de conserver et de rendre*, n'ajoute pas que cette charge devra durer jusques à la mort de l'institué; mais par cela même qu'il ne la limite à aucun autre terme, il implique qu'elle aura toujours celui-là.

Est-ce, en effet, la charge de rendre *tout de suite* qu'il prohibe? la charge de rendre à une personne, qui serait elle-même *l'objet immédiat et définitif de la libéralité?* évidemment non! Il n'y aurait là qu'un fidéicommis pur, sans trait de temps véritable, sans éventualité, ou même seulement une simple charge,

sans aucun des caractères, comme aussi sans aucun des inconvénients de la substitution fidéicommissaire (*supra*, n° 95; comp. Cass., 17 août 1852, Hanaire, D., 1852, I, 263).

Est-ce la charge de rendre à l'expiration d'un terme certain et déterminé? pas davantage! Un tel fidéicommis, ou plus généralement, une telle libéralité est elle-même faite *purè*, comme auraient dit les Romains, en ce sens que, s'il y a là un trait de temps, il n'y a pas non plus d'éventualité; le droit lui-même est alors acquis de suite au bénéficiaire; et c'est l'exécution, la délivrance seule qui en est différée : *Purum est, quia non conditione, sed mora suspenditur.* (L. 79, ff. *de Condit. et demonst.; voy.* art. 1041.)

Est-ce enfin la charge de rendre à un terme incertain ou sous une condition quelconque, que l'article 896 a voulu prohiber, lors même que ce terme ou cette condition seraient de nature à arriver avant la mort du grevé? mais cela n'est pas moins impossible! car il aurait alors prohibé toutes les donations et tous les legs conditionnels, c'est-à-dire toute une catégorie de dispositions, et des plus usitées et des plus importantes, qui ont toujours été admises dans le droit privé, et qu'il n'avait, en effet, aucune raison de prohiber, puisqu'elles n'offrent pas ce danger particulier, ce danger politique et social, qu'il voulait prévenir en prohibant les substitutions, à savoir : le danger d'un ordre de succession rival de l'ordre de succession établi par la loi, dont il aurait pour résultat d'entraver le système et les tendances.

Nous avons aussi remarqué déjà (*supra*, n° 59) que telle était l'acception universelle de ce mot *substitution* dans notre ancien droit, lorsque les législateurs de 1792 et de 1804 l'ont eux-mêmes employé, et que les articles 1048 et 1049 confirment eux-mêmes cette in-

terprétation, puisque les substitutions, qu'ils déclarent permises par exception à la règle, ne s'ouvrent généralement en effet que lors du décès du grevé (*voy.* toutefois *infra*, n° 103).

Ajoutons qu'il en est de même des majorats, qui sont aussi transmissibles héréditairement, à la même époque et par les mêmes événements, qui ouvrent la succession du titulaire.

99. — La vérité de cette doctrine est enfin démontrée encore par un autre argument tiré de deux articles de notre Code, qui seraient absolument inconciliables avec l'article 896, si la charge de rendre, que ce dernier article déclare constitutive de la substitution prohibée, ne devait pas, en effet, s'entendre de la charge de rendre seulement à la mort du grevé.

Nous voulons parler des articles 1121 et 1040.

100. — En effet, d'abord, aux termes de l'article 1121 :

« On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou *d'une donation que l'on fait à un autre*. Celui qui a fait cette stipulation, ne peut plus la révoquer, lorsque le tiers a déclaré vouloir en profiter. »

Ainsi, je donne ma ferme à Primus, à la charge par lui d'en rendre la moitié à Secundus.

Cette libéralité, cette espèce de fidéicommis, est évidemment permise, d'après l'article 1121; donc, elle ne peut pas être prohibée par l'article 896.

Et cette libéralité est permise, non-seulement si la charge que j'ai imposée à Primus de rendre la moitié de ma ferme à Secundus, doit être exécutée de suite sans terme ni condition; non-seulement si cette charge est suspendue quant à son exécution par un terme certain, comme si j'ai dit : dans deux ou dans cinq

ans; mais elle l'est également, si la charge a été subordonnée, quant à son existence même, à une condition qui serait de nature à se réaliser avant la mort de Primus, comme dans le cas où j'aurais chargé Primus de rendre la moitié de ma maison à Secundus, si celui-ci est nommé magistrat dans telle Cour (comp. Thévenot, chap. XV et XVI, nos 280-307).

Dans tous ces cas, disons-nous, la charge de rendre aura été valablement imposée à Primus au profit de Secundus; car l'article 1121 est absolu, et ne fait pas de distinction entre les uns et les autres.

Que faudrait-il donc, pour que cette disposition avec charge de conserver et de rendre tombât sous le coup de l'article 896?

Il faudrait qu'elle eût été imposée à Primus pour toute la durée de sa vie, parce qu'elle deviendrait alors non pas un simple fidéicommis, mais la *substitution fidéicommissaire*, que notre Code a voulu proscrire.

Voilà la conciliation de l'article 1121 avec l'article 896, la conciliation conforme aux principes et à l'intention certaine du législateur, et nous croyons pouvoir ajouter la seule conciliation possible!

101. — La même observation est applicable à l'article 1040.

Cet article est ainsi conçu :

« Toute disposition testamentaire faite sous une condition dépendante d'un événement incertain, et telle que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition. »

Ainsi je lègue ma ferme à Primus, et je le charge d'en rendre la moitié à Secundus :

Soit de suite après ma mort;

Soit dans cinq ou dix ans après ma mort;

Soit sous la condition que Secundus sera nommé conseiller à telle Cour.

Un tel legs est aussi évidemment permis d'après l'article 1040; donc, il ne peut pas être prohibé par l'article 896.

Et ce legs est permis non pas seulement dans le premier cas, où il ne constitue qu'un fidéicommis pur et simple; non pas seulement dans le second cas, où il ne constitue qu'un fidéicommis ou legs à terme certain (art. 1041); mais il est permis également dans le troisième cas, où il constitue un fidéicommis ou un legs conditionnel.

Que faudrait-il donc aussi pour qu'il tombât sous le coup de l'article 896?

Il faudrait que de fidéicommis ou de legs conditionnel, la disposition devînt une substitution fidéicommissaire proprement dite; et elle ne deviendrait une substitution fidéicommissaire qu'autant que la condition à laquelle la charge de rendre aurait été soumise, serait celle de la mort du grevé, et que le légataire appelé devrait lui survivre pour recueillir.

Voilà la conciliation de l'article 1040 avec l'article 896.

102. — Objectera-t-on que pourtant les legs conditionnels peuvent produire, à peu près, tous les inconvénients qui ont fait prohiber les substitutions : l'incertitude des propriétés , la résolution des droits concédés aux tiers, etc.?

Il est vrai; et nous convenons qu'il est plus d'un legs conditionnel qui mériterait ce reproche.

Je lègue, par exemple, mes biens à Primus, sous la condition que si mon fils, qui est absent, reparaît, le legs sera résolu.

Voilà Primus qui est obligé finalement de conserver

mes biens pour les rendre à mon fils, s'il reparaît; et cette situation incertaine, très-semblable assurément à celle d'une substitution, pourrait se prolonger ainsi pendant toute la vie de Primus.

Mais elle pourrait cesser par le retour de mon fils, avant la mort de Primus; et, en conséquence, la disposition, que j'ai faite, n'a pas pour but ni pour résultat nécessaire de régler le sort de mes biens dans la succession même de mon légataire; elle n'est donc pas une substitution, mais un simple legs conditionnel.

On n'aurait pas pu, en effet, prohiber les legs conditionnels sans se jeter dans une exagération manifeste, qui aurait porté une atteinte profonde à la liberté, si précieuse à l'homme, de disposer de ses biens à titre gratuit.

Et les inconvénients attachés aux legs conditionnels n'auraient pas suffi à justifier cette atteinte; car les conditions se retrouvent encore ailleurs que dans les donations entre-vifs et dans les testaments; elles jouent également dans les contrats ou obligations conventionnelles, un rôle très-important; leur effet y est aussi semblable; et même la rétroactivité qui en résulte, s'y montre encore plus énergique (*supra*, n° 96).

Or, il n'était pas plus possible, raisonnablement, de prohiber les conditions dans les dispositions à titre gratuit que dans les conventions intéressées. Et bien loin de là! le législateur lui-même sous-entend parfois des conditions résolutoires dans les dispositions à titre gratuit (art. 953 et suiv.).

105. — Notre conclusion est donc que l'un des caractères les plus distinctifs et les plus nécessaires de la substitution prohibée par l'article 896, est que l'époque de la restitution soit celle de la mort du grevé (*voy.* pourtant M. Villequez, dans l'intéressante Étude

historique, qu'il a publiée sur les substitutions prohibées, *Revue de droit français et étranger*, 1863, t. IX, p. 206, § 5).

Nous voulons toutefois ajouter une observation encore.

Ce caractère est, disons-nous, celui de la substitution prohibée par l'article 896.

Mais est-ce à dire que tel soit le caractère de la substitution en général, et particulièrement de la substitution permise, de celle, par exemple, qui aurait pu être faite sous l'empire de la loi du 17 mai 1826 (*supra*, n° 64), ou qui pourrait encore être faite aujourd'hui sous l'empire des articles 1048 et suivants?

Nous ne le croyons pas ; et il nous semble, au contraire, que l'on pourrait voir alors une substitution dans la charge de conserver et de rendre, même à une époque qui ne serait pas celle de la mort du grevé.

Et ceci peut être très-important.

Ainsi, par exemple, supposons que, sous l'empire de la loi du 17 mai 1826, une personne eût fait une disposition au profit de Primus, à la charge de conserver et de rendre au premier de ses enfants à naître et à l'époque de la majorité de celui-ci.

Ou bien, même aujourd'hui, sous le Code Napoléon, un père ou un frère a fait un legs à son fils ou à son frère, à la charge par celui-ci de rendre à ses enfants à l'époque de leur majorité.

Le testateur meurt; et à l'époque de sa mort, le grevé n'a pas encore d'enfant.

Si vous dites que cette libéralité ne constitue pas une substitution, parce que la charge de rendre doit s'ouvrir avant le décès du grevé et lorsque l'appelé sera majeur, et qu'elle ne constitue dès lors qu'un legs conditionnel, qu'arrive-t-il? c'est que ce legs est nul, aux termes de l'article 906, qui exige que le légataire soit conçu lors du décès du testateur.

Si, au contraire, vous y voyez une substitution, la libéralité sera valable, puisqu'il n'est pas nécessaire que l'appelé soit conçu, lors du décès du substituant (art. 1048, 1049, 1050; *supra*, n° 94).

Or, pourquoi n'y verrions-nous pas une substitution?

Sans doute, dans notre ancienne jurisprudence, *presque* toutes les substitutions, comme dit Thévenot, ne se faisaient *communément*, que pour le cas de mort du grevé (n°s 285 et 500); et Pothier a écrit que la *condition de la mort du grevé y est facilement présumée* (*des Substit.*, sect., VI, art. 1, § 1).

Nous convenons même que c'était, en effet, *très-communément* que les substitutions se faisaient ainsi; mais pourtant, on n'y allait pas jusqu'à refuser le caractère de substitution à une disposition par laquelle le grevé aurait été chargé de restituer à une époque autre que celle de sa mort, comme, par exemple, à l'époque de la majorité ou du mariage de l'appelé (comp. Thévenot, sect. III, chap. 21, n°s 320 et 323; Demante, *Thémis*, t. II, p. 55, 56).

Or, chez nous, aujourd'hui non plus, aucun texte n'exige impérativement, dans les substitutions permises, que l'époque de la restitution soit celle de la mort du grevé; la loi du 17 mai 1826 n'avait aucun article en ce sens; et les articles 1048 à 1051 supposent cette hypothèse comme la plus ordinaire, sans en faire, du moins nous le pensons, une condition essentiellement constitutive de la substitution qu'ils autorisent.

Que l'on exige cette condition pour la substitution prohibée, et à l'effet de l'annuler, nous le comprenons; car ce n'est, en effet, que cette sorte de substitution que l'article 896 a voulu déclarer nulle.

Mais ce qui nous paraîtrait étrange et illogique,

c'est qu'on l'exigeât aussi pour la substitution permise, et à l'effet de valider la disposition.

En effet, si le testateur, dans notre hypothèse, avait chargé le grevé de ne rendre qu'à sa mort, la disposition serait valable.

Et parce qu'il l'a chargé de rendre avant sa mort, la disposition serait nulle!

Mais pourquoi donc?

Est-ce que cette disposition n'offre pas, au contraire, beaucoup moins d'inconvénients que la première? Est-ce qu'elle n'est pas, dès lors, plus favorable? Et comment serait-il possible que la première fût valable et que celle-ci fût nulle?

104. — Nous venons d'exposer les quatre éléments constitutifs de la substitution prohibée.

Le concours simultané de ces quatre éléments est nécessaire pour qu'il y ait une substitution; mais, en même temps, ce concours suffit.

De là cette double conséquence:

D'une part, que toute disposition où ces quatre éléments se rencontrent, doit être considérée comme une substitution prohibée;

Et, d'autre part, que toute disposition, au contraire, où ils ne se trouvent pas réunis, ne doit pas être considérée comme telle.

Nous devons maintenant mettre cette théorie à l'épreuve de l'appliçation et des exemples.

105. — Et d'abord, qu'il n'existe pas de substitution dans une disposition qui n'aurait que le caractère d'une simple *fiducie*, cela est évident.

Le mot fiducie, beaucoup plus usité autrefois qu'aujourd'hui, servait à désigner la disposition par laquelle une personne instituée héritière pour la forme, était chargée par le testateur d'administrer la succession et de la tenir en dépôt jusqu'au moment où elle devrait

la remettre au véritable héritier (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Fiduciaire*, *héritier*).

Il est tout simple qu'une semblable disposition ne constitue pas une *substitution*, puisqu'il n'y a pas d'*institution*, et que l'héritier fiduciaire, n'étant qu'un simple *ministre* et une sorte d'exécuteur testamentaire, n'est pas lui-même gratifié en premier ordre (L. 17, ff. *de Legat.*, 1°).

Et maintenant, dans quels cas une disposition devra-t-elle être considérée comme fiducie ? dans quels cas, au contraire, comme substitution ?

Ce n'est plus là qu'une question d'interprétation.

Ce qu'il faut surtout rechercher, disaient nos anciens auteurs avec un grand esprit d'observation et d'expérience, c'est si le testateur a eu l'intention d'instituer le grevé dans l'intérêt des appelés plutôt que dans l'intérêt du grevé lui-même (Henrys, liv. III, quest. 22; Thévenot, n° 541; Furgole, sur l'article 18, tit. XXII de l'Ordonn. de 1747).

La qualité des parties, leurs relations de parenté, ou même seulement d'amitié et de confiance, sont aussi particulièrement à considérer. Voilà, par exemple, un homme qui a pour héritiers présomptifs un frère survivant et des neveux mineurs d'un frère ou d'une sœur prédécédée; et il institue pour son héritier son frère ou même un de ses vieux amis, en le chargeant d'administrer une moitié de sa succession ou sa succession tout entière et de la tenir en dépôt pour la rendre à ses neveux, lorsqu'ils auront atteint leur majorité (comp. L. 3, § 3, ff. *de Usuris*). Cette sorte de disposition peut être, en effet, raisonnable et prévoyante, quoiqu'elle ne se pratique plus guère dans nos usages modernes (*voy.* pourtant notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 458).

On verra, en outre, si l'héritier institué est autorisé

à garder soit certains objets particuliers seulement, soit seulement une partie des fruits ; circonstance qui serait indicative d'une simple fiducie pour tout le reste, dont elle supposerait que la propriété ne repose pas sur sa tête (comp. Cass., 18 frimaire an v, Jean Vignier, Sirey, I, 99 ; Cass., 8 août 1808, Kercado, Sirey, 1808, I, 505 ; Nîmes, 17 août, 1808, Molière, Sirey, 1810, II, 554 ; Paris, 31 juill. 1819, Bruère, D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et test.*, n° 3493; Toulouse, 18 mai 1824, Anglas, D., 1825, II, 23 ; Paris, 7 déc. 1860, Guillebon, Dev., 1861, I, 833 ; Nîmes, 16 déc. 1833, Dumas, Dev., 1835, II, 333 ; Merlin, *Répert.*, *loc. supra cit.;* Troplong, t. I, n°s 109, 110 ; Rolland de Villargues, *des Substit.*, n°s 153, 154 ; Saintespès-Lescot, art. 896, n° 93 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 13).

106. — Une question plus difficile et qui est, en effet, controversée, est celle de savoir si la disposition par laquelle le grevé a reçu du disposant la faculté d'élire le substitué, constitue une substitution prohibée, dans les termes de notre article 896.

Pour la négative, on a dit :

Ce qui manque cette fois, ce n'est plus, comme tout à l'heure, dans la fiducie, un institué, un gratifié en premier ordre (*supra,* n° 105) ; c'est un substitué, un gratifié en second ordre ; et, bien entendu, un *substitué* est aussi indispensable qu'un *institué* pour former une substitution ! Le substitué manque ici ; et, en effet, le testament ne désigne pas le *tiers* auquel l'institué serait chargé de rendre ; or, lorsque l'article 896 veut que cette charge soit imposée au grevé au profit d'un tiers, il exige, par cela même, que ce tiers soit désigné dans l'acte de disposition. En vain on objecte que la charge d'élire le substitué, qui est imposée au grevé, satisfait à cette condition. La faculté d'élire, suppri-

mée par l'article 23 de la loi du 17 nivôse an II, n'ayant pas été rétablie par notre Code, a conséquemment continué d'être impossible; car elle est contraire aux principes, qui exigent que le testament soit l'œuvre essentiellement personnelle du testateur et qui ne permettent pas que nous déférions au choix d'un tiers la désignation de notre légataire.

Et de ces motifs on conclut que la clause qui renferme la faculté d'élire doit être considérée comme nulle et réputée seulement non écrite, aux termes de l'article 900, sans entraîner la nullité de la disposition principale, aux termes de l'article 896, puisqu'elle ne forme pas une substitution (comp. Aix, 9 fév. 1841, Roux, Dev., 1842, II, 19; Cass., 8 nov. 1847, mêmes parties, Dev., 1853, II, 332, note 1; Rolland de Villargues, n° 327; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Substitution*, n° 89; Saintespès-Lescot, t. I, n° 84).

Cette doctrine ne doit pas être admise, suivant nous; du moins serait-elle trop absolue:

Qu'elle soit exacte dans le cas où la faculté d'élire serait indéfinie et illimitée, cela peut être; et nous le croyons en effet ainsi; car une telle clause n'imposerait au grevé aucune charge de rendre; ou si l'on veut, la prétendue charge de rendre serait subordonnée à une condition purement potestative de sa part; comme si, par exemple, le testateur l'avait chargé de rendre les biens à celui qu'il en jugerait le plus digne!

Mais c'est là une hypothèse à peu près chimérique; et la faculté d'élire qui était très-fréquente dans nos anciennes substitutions françaises, ne s'y présentait jamais ainsi; c'était toujours dans une certaine catégorie de personnes, soit dans la famille du disposant, entre ses parents, soit dans la famille du grevé,

entre ses enfants, qu'elle devait être exercée; et c'est ainsi qu'on la retrouve dans les dispositions où il arrive qu'elle se reproduit encore aujourd'hui.

Or, dans cette application, la seule vraie, disons-nous, et la seule pratique, nous croyons que la faculté d'élire constitue une substitution, à laquelle il faut appliquer non pas l'article 900, pour la réputer seulement non écrite, mais l'article 896, pour déclarer nulle la disposition tout entière :

En effet, l'article 896 n'exige pas que le tiers, auquel le grevé est chargé de rendre, soit individuellement désigné par le disposant lui-même; ce qui est nécessaire et ce qui suffit, c'est que la disposition impose au grevé la charge de rendre à un tiers, que le disposant déclare avoir la volonté de gratifier après lui, en second ordre; or, la faculté d'élire satisfait à cette condition; d'autant plus que « ce n'est point là, disait Thévenot, une disposition livrée entièrement à la volonté du grevé; qu'il ne lui est pas libre de ne point rendre, et qu'il n'a que la faculté de choisir entre les personnes indiquées pour recevoir » (n° 1008); de telle sorte, ajoute-t-il, « que si le grevé ne choisit personne entre ceux que le substituant a désignés, ils viennent tous au fidéicommis » (n° 1015; ajout. L. 24, ff. *de Legat*, 2°; Pothier, *des Substit.*, sect. III, art. 11, § 3).

Voilà comment la faculté d'élire a toujours été entendue en matière de substitution; et il est clair dès lors qu'elle emporte charge de rendre au profit d'un tiers.

2° Le moment n'est pas venu encore de nous expliquer sur la faculté d'élire considérée en général dans les dispositions à titre gratuit; nous essayerons d'ailleurs nous-même d'établir que cette faculté ne saurait être considérée comme valable, sous notre droit actuel;

mais ce qui importe dès à présent, c'est de ne pas confondre cette faculté d'élire, en général, c'est-à-dire le pouvoir conféré à un tiers non gratifié ou gratifié sur d'autres biens, de choisir le légataire ou l'héritier d'autrui, avec la charge imposée à un gratifié en premier ordre de transmettre les biens à un gratifié en second ordre, qu'il devra choisir dans une certaine catégorie de personnes. Qu'il y ait, dans ce cas, une faculté d'élire, soit! mais il y a aussi une substitution; seulement, c'est une substitution avec la faculté d'élire, c'est-à-dire avec un vice de plus, et, pour ainsi dire, avec une circonstance aggravante! Or, il serait très-extraordinaire et bien peu rationnel que ce fût précisément cette substitution-là qui fût soustraite à l'application de l'article 896!

Une telle conclusion nous paraît donc inadmissible; et il faut d'autant plus la rejeter, qu'elle serait pleine de dangers; car elle aurait pour résultat de soustraire à l'application de l'article 896 un grand nombre de substitutions véritables et des mieux caractérisées; la faculté d'élire étant effectivement une des clauses très-usitées en matière de substitution; à ce point que la Cour de Riom a pu décider que la loi du 17 mai 1826, qui avait rétabli, en partie, les substitutions, avait du même coup rétabli la faculté d'élire (11 juin 1847, Chassang, Dev., 1847, II, 468). Et c'était aussi par le même motif, en sens inverse, que la loi du 9 fructidor an II (art. 19) avait décidé qu'en abolissant la faculté d'élire, elle ne faisait que compléter la loi de 1792, abolitive des substitutions (comp. Rennes, 19 mai 1849, de Trobriant, Dev., 1850, II, 609; Cass., 5 mars 1851, mêmes parties, Dev., 1851, I, 261; Cass., 28 févr. 1853, Bricault-Verneuil, Dev., 1853, I, 332; Cass., 30 nov. 1853, Vernet, Dev., 1854, I, 27; D., *Rec. périod.*,

1853, I, 202, notes 1, 2; Coin-Delisle, art. 896, n° 47; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 15; Troplong, t. I, n° 154).

107. — Que le donateur entre-vifs, qui stipule le droit de retour à son profit en cas de prédécès soit du donateur seul, soit du donataire et de sa postérité, n'établisse pas ainsi une substitution, cela est bien clair! car il ne saurait être, disait fort bien Thévenot, tout à la fois le *substituant* et le *substitué* (n° 241); ou, en d'autres termes, il ne saurait se donner à lui-même sa propre chose! et dès lors, nous n'avons pas ici les trois rôles essentiels dans la substitution; ce qui manque, c'est un substitué! C'est donc là tout simplement une donation faite sous une condition résolutoire; ce n'est point une substitution.

Aussi, à aucune époque, la clause de retour ou de réversion n'a-t-elle été confondue avec la substitution fidéicommissaire, ni dans notre ancien droit, ni même dans notre droit intermédiaire; et la preuve que la loi du 14 novembre 1792, qui abolissait *toutes les substitutions* (*supra*, n° 60), avait, au contraire, maintenu la clause de retour, résulte de l'article 74 de la loi du 17 nivôse an II, qui maintient *la stipulation de retour*, c'est-à-dire le retour même conventionnel (*voy.* aussi l'article 5 du décret du 23 ventôse an II, qui maintient le retour légal dans les donations antérieures au 5 brumaire de la même année *dans les pays et pour les cas* où ce droit avait lieu).

C'est ce qu'a fait aussi le Code Napoléon dans l'article 951, qui porte que :

« Le donateur pourra stipuler le droit de retour des « objets donnés, soit pour le cas du prédécès du dona- « taire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire « et de ses descendants. »

108. — Toutefois, cet article ajoute que :

« Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du «donateur seul. »

Or, c'est là un changement notable des anciens principes sur cette matière. On considérait autrefois que le donateur pouvait stipuler le droit de retour à son profit et au profit de ses héritiers; et même si, dans la stipulation de retour qu'il avait faite, il n'avait pas mentionné ses héritiers, ceux-ci étaient réputés y être compris, du moins lorsque le donateur avait stipulé le retour pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants, c'est-à-dire pour un cas qui vraisemblablement, devait plutôt s'accomplir au profit de ses héritiers qu'à son profit à lui-même; en un mot, on avait appliqué à cette *convention* de retour la règle ordinaire des conventions, d'après laquelle chacun est censé stipuler pour soi, pour ses héritiers et ses ayants cause (L. 9, ff. *de Probationibus;* Pothier, *Traité des Obligations*, n° 208).

Le droit de retour ainsi entendu s'était, par suite, trouvé très-souvent mêlé aux substitutions; et il y était assez ordinairement stipulé pour le cas où la substitution viendrait à s'éteindre dans la famille du grevé, par la défaillance des substitués; c'est alors que le *retour* s'accomplissant ramenait les biens dans la famille du substituant; de telle sorte que cette clause de retour, malgré la ressemblance qu'elle pouvait offrir avec la substitution, en apparaissait, au contraire, comme distincte par le résultat même de cette fonction qu'on lui faisait remplir, puisqu'elle était destinée précisément à marquer et, pour ainsi dire, à consacrer le terme des substitutions! (comp. Roussilhe, *Jurispr. des donat.*, n° 577; Lebrun, *des Successions*, liv. I, chap. v, section II, n° 35).

109. — On vient de voir que, tout au contraire, l'article 951 dispose que le droit de retour ne peut

plus être aujourd'hui stipulé qu'au profit du donateur seul.

Et de là peuvent naître et sont nées, en effet, des difficultés assez graves sur l'interprétation combinée des articles 896, 900 et 951, pour les cas ou le donateur aurait stipulé le droit de retour soit pour lui-même et en même temps pour d'autres, soit seulement pour d'autres que pour lui.

Il s'agit de savoir si cette stipulation, défendue par l'article 951, doit être considérée seulement comme non écrite, aux termes de l'article 900; d'où il suivrait que la donation entre-vifs elle-même serait maintenue;

Ou si, au contraire, elle ne doit pas être considérée comme une substitution, aux termes de l'article 896; d'où il suivrait que la disposition tout entière serait nulle.

Cette question est plus ou moins délicate, et comporte même, à notre avis, des solutions différentes, suivant les différentes hypothèses où elle peut se produire, et il est, en conséquence, nécessaire de les poser successivement.

110. — Voici d'abord un donateur qui, sans stipuler le droit de retour à son profit, déclare, en donnant sa maison à Primus, qu'il stipule le droit de retour au profit de Secundus, en cas de prédécès de Primus.

Le droit de retour! mais ceci est bien impossible! la clause de retour est une condition résolutoire dont le but et le résultat est d'opérer la résolution de la donation, pour le cas de prédécès du donataire, et par suite de faire retourner le bien au donateur, qui ne s'en était dessaisi que sous cette condition; or, dans notre espèce, Secundus n'a rien donné; donc, la donation ne peut pas se résoudre à son profit. En un mot, la chose donnée ne peut *retourner* qu'au point d'où elle est *partie;* or, elle n'est point partie des mains de Se-

cundus; donc, le mot est tout à fait inexact et même absolument contraire à la chose!

Secundus, en effet, n'est pas donateur; il est bien et dûment donataire, en second ordre, pour venir après Primus, et lui succéder, s'il lui survit; c'est-à-dire que nous avons ici, au grand complet, tous les personnages que la substitution met en scène, avec tous ses autres caractères et tous ses inconvénients.

C'est donc évidemment là une substitution prohibée, à laquelle l'article 896 est applicable; et il serait par trop facile, en effet, d'échapper à cet article, s'il suffisait de changer les mots et de qualifier une substitution manifeste de la fausse dénomination de droit de retour (comp. Paris, 7 thermidor, an XII, D., *Rec. alph.*, v° *Substit. fidéicom.*, p. 182; Décret du 21 octobre 1810; Cass., 25 juin 1812, Blayac, Sirey, 1813, I, 24; Cass., 22 janvier 1839, Paulhiac, Dev., 1839, I, 193; Cass., 10 avril 1842, Cabrolier, Dev., 1842, I, 515; Merlin, *Répert.*, v° *Substit. fidéicom.*, sect. VIII, n° 10, à la note, et *Quest. de Droit*, v° *Substit. fidéicom.*, § 4, n° 4; Rolland de Villargues, *Dissertation*, Sirey, 1823, I, 311; Coin-Delisle, art. 951, n°s 23 et 28; Marcadé, art. 951, n° 4; Troplong, *des Donat. et Testam.*, t. III, n° 1268; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Substitution*, n° 259; Zacharie, Aubry et Rau, t. VI, p. 14 et 23, 24; Massé et Vergé, t. I, p. 211; Demante, t. III, n° 10 *bis*, IX).

111. — Mais c'est au profit de ses héritiers que le donateur a stipulé le droit de retour, sans le stipuler pour lui-même.

C'est un homme, par exemple, qui ne croit pas avoir longtemps à vivre, et qui, faisant une donation entre-vifs à l'un de ses parents, stipule le droit de retour au profit de ses enfants, en cas de prédécès de son parent donataire.

Les opinions commencent ici à n'être plus d'accord.

C'est ainsi que Demante enseigne que la clause de retour au profit des héritiers du disposant, ne doit jamais être considérée que comme une condition non écrite, à laquelle il faut appliquer non pas l'article 896, mais l'article 900; et cela, soit qu'elle se trouve dans une donation entre-vifs, soit qu'elle se trouve dans un testament :

« Ce qui, dans ma pensée, dit l'éminent auteur, distingue le retour de la substitution, c'est que le retour tend uniquement à ramener les biens dans le patrimoine dont ils auraient dû faire partie. Toutes les fois donc qu'une disposition entre-vifs ou testamentaire, de quelque manière qu'elle soit qualifiée, imposera la charge éventuelle de conserver et de rendre à la mort aux héritiers du disposant, je n'y verrai qu'un retour dont la réserve ne me paraîtrait pas plus permise dans un legs que dans une donation; mais je n'annulerai pas le don ou le legs frappé de cette réserve, parce que, selon moi, l'article 896 ne sera pas applicable. » (T. III, n° 10 *bis*, IX.)

Au contraire, M. Duvergier a proposé de faire une distinction : la clause de retour au profit des héritiers du disposant, insérée dans un testament, serait une substitution, à laquelle l'article 896 devait être appliqué; mais cette clause, insérée dans une donation entre-vifs, ne serait qu'une condition illicite, dans les termes de l'article 900 (sur Toullier, t. III, n° 48, note 1).

Nous croyons, pour notre part, que la clause de retour au profit des héritiers du disposant devrait toujours être regardée comme une substitution; et cela, sans distinguer si elle se trouve dans un testament ou dans une donation entre-vifs :

D'abord, qu'il y ait une substitution dans le prétendu

droit de retour réservé par le testateur au profit de ses héritiers, pour le cas de prédécès du légataire, cela nous paraît certain. Est-ce que, en effet, les héritiers, dépouillés par le testament, ont jamais eu aucun droit à l'objet légué? Et comment comprendre que cet objet, qui n'est point *parti* de chez eux, puisse leur faire *retour?* Voilà bien pourquoi nous avons reconnu que les héritiers du disposant, qui, dans une substitution, peuvent jouer le rôle d'*institués*, peuvent aussi jouer le rôle de *substitués* (*supra*, n° 91); et la vérité est que ce prétendu droit de retour, stipulé seulement à leur profit, ne leur donne pas ici un autre rôle que celui-là ! Ajoutons enfin que la stipulation du droit de retour, telle que notre droit moderne l'autorise, n'a pas pour but, comme autrefois, de faire rentrer les biens dans les familles d'où ils sont sortis; c'est un moyen seulement pour celui qui donne, de s'épargner le chagrin de voir lui-même, de son vivant, le bien par lui donné, transmis à d'autres, auxquels il n'aurait pas voulu en faire la donation; le droit de retour, à ce point de vue, devait donc être personnel au donateur (comp. Cass., 8 février 1854, Dumas, Dev., 1854, I, 694).

La solution, d'ailleurs, doit être aussi la même, suivant nous, à l'égard des héritiers du donateur, au profit desquels le retour aurait été stipulé.

A quel titre, en effet, les héritiers du donateur pourraient-ils recueillir ?

Comme donateurs eux-mêmes? non, puisque eux-mêmes ils n'ont rien donné.

Comme héritiers du donateur et de son chef? pa davantage; car le donateur n'avait plus la chose dont il s'était irrévocablement dessaisi, ni le droit de retour, qu'il n'avait pas stipulé pour lui-même.

Ce n'est donc que comme donataires en second ordre

pour venir après le donataire en premier ordre, c'est-à-dire en qualité de substitués.

Et ce que nous venons de dire des héritiers serait encore, à plus forte raison, applicable à un donataire ou à un légataire universel, au profit duquel le disposant aurait réservé un prétendu droit de retour de la chose, qu'il donnait un autre, en cas de prédécès de celui-ci (comp. Cour de cass. de Bruxelles, 5 nov. 1816, Rohaert (rapporté par M. Rolland de Villargues, n° 88 *bis*); Pau, 4 janv. 1825, Guiraud, Sirey, 1827, II, 68; Cass., 30 mars 1829, Bagnères, Sirey, 1829, I, 294; Amiens, 25 févr. 1837, Lefebvre, Dev., 1837, II, 478; Cass., 21 juin 1841, Schwart, Dev., 1841, I, 603; Cass., 27 févr. 1843, Frébault, Dev., 1843, I, 440; Merlin, *Répert.*, v° *Substit. fidéicom.*, § 4, n° 4; Toullier, t. III, n° 48; Coin-Delisle, art. 896, n° 25).

112. — Supposons maintenant que le donateur, en stipulant le droit de retour pour lui-même, l'a, en outre, stipulé pour d'autres, soit pour un tiers, ou (ce qui reviendrait au même) pour l'un ou quelques-uns de ses héritiers seulement, à l'exclusion des autres, soit pour tous ses héritiers sans distinction.

Cette dernière hypothèse a soulevé bien plus de dissidences encore; et trois opinions se trouvent en présence :

I. — La première opinion enseigne que, dans ce cas, un droit de retour ayant été valablement stipulé au profit du donateur lui-même, la clause par suite de laquelle ce droit, en soi valable, a été étendu au delà de sa limite, soit au profit des héritiers du donateur, soit même au profit d'un tiers, ne doit être considérée que comme une condition illicite, et dès lors réputée seulement non écrite, aux termes de l'article 900 (comp. Cass., 3 juin 1823, Saint-Arroman, Sirey, 1823, I, 309; Bordeaux, 5 mars 1824, Saint-

Arroman, Sirey, 1824, II, 146; Cass., 20 déc. 1825, Duhart, D., 1826, 1, 92; Bordeaux, 22 juin 1835, Tribert, Dev., 1835, II, 523; Cass., 8 juin 1836, Tribert, Dev., 1836, I, 463; Montpellier, 25 avril 1844, Casa-Dumont, Dev., 1845, II, 7; Troplong, t. III, art. 951, nos 1267-1269; Bayle Mouillard sur Grenier, t. I, p. 332; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 24, 25).

II. — D'après la seconde opinion, au contraire, cette stipulation d'un prétendu droit de retour, soit au profit d'un tiers, soit même au profit des héritiers du donateur, constitue, dans tous les cas, une véritable substitution, malgré la stipulation que le donateur aurait faite en même temps du droit de retour à son profit; et en conséquence, il faut y appliquer l'article 896, c'est-à-dire déclarer nulle la disposition elle-même tout entière (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Substit. fidéicom.*, sect. VIII, n° 10; Grenier, t. I, n° 34 *bis;* Toullier, t. III, n° 287; Rolland de Villargues, nos 296 et suiv.; Duranton, t. VIII, n° 487; Vazeille, art. 896, n° 7; Guilhon, n° 275).

III. — Enfin, la troisième opinion, que nous croyons devoir proposer, consiste à distinguer entre le cas où le retour stipulé au profit du donateur a été stipulé aussi au profit d'un tiers, et le cas où il a été seulement étendu du donateur à ses héritiers.

Notre avis est qu'il faut y voir dans le premier cas une substitution, et seulement, au contraire, une condition illicite dans le second cas.

Et d'abord, nous tenons pour une substitution la disposition par laquelle le donateur a stipulé le droit de retour à son profit et au profit d'un tiers; car ce n'est pas là une extension illicite seulement du droit de retour; la stipulation, en tant qu'elle s'applique au tiers, revêt nécessairement un caractère tout autre! car jamais le droit de retour n'a existé ni pu exister

d'aucune façon au profit d'un tiers! (*Supra*, n° 110.) À quel titre donc seulement ce tiers pourrait-il recueillir? ce ne serait évidemment que comme gratifié en second ordre, c'est-à-dire comme substitué! Aussi est-ce bien l'article 896 qui est ici applicable, et non l'article 951.

On a remarqué, avec grande raison sans doute, que le Code Napoléon n'avait pas confondu la substitution avec la stipulation de retour; qu'il s'en était, au contraire, occupé comme de deux choses distinctes, de l'une dans l'article 896, et de l'autre dans l'article 951; et que ce dernier article, qui porte que le droit de retour ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul, n'ayant pas frappé de nullité la disposition tout entière, dans laquelle le droit de retour aurait été stipulé non-seulement pour le donateur, mais aussi pour d'autres, il n'était pas permis de créer cette nullité, et qu'il fallait seulement déclarer nulle l'extension illicite qui avait été donnée à la stipulation du droit de retour.

Cet argument nous paraît aussi très-juste; mais sous une condition, à savoir : que la stipulation, dont il s'agit, puisse être, effectivement, considérée comme un droit de retour qui n'aurait pas été atteint par l'article 896, si l'article 951 ne l'avait pas défendu; or la stipulation d'un prétendu droit de retour au profit d'un tiers, ne peut être, en soi, et n'a jamais pu être considérée comme un droit de retour, ni comme une extension ou une exagération, ou une exubérance quelconque du droit de retour; elle est tout simplement une substitution; c'est donc l'article 896 qui la prohibe comme telle; et l'article 951, qui ne s'occupe que du droit de retour, nous paraît dès lors inapplicable à une stipulation qui n'en a pas du tout le caractère.

C'est tout autre chose, quand le donateur a stipulé le droit de retour à son profit et au profit de ses héritiers. Car, dans ce cas, le caractère de la stipulation elle-même ne résiste pas à ce qu'elle soit considérée, même à l'égard des héritiers, comme un droit de retour, qui seulement a été étendu au delà des limites, que l'article 951 y marquait.

En effet, les héritiers du donateur sont alors appelés, non pas comme donataires en second ordre, mais comme héritiers, pour recueillir dans la succession de leur auteur, et de son chef, soit la chose elle-même qui a été donnée, si le retour s'est accompli au profit de leur auteur, soit le droit éventuel de retour, qui lui appartenait, s'il ne s'est pas accompli, droit qu'il leur a laissé dans sa succession, comme tous ses autres biens. Et voilà, en effet, comme on considérait le droit de retour autrefois, comme un droit susceptible d'être transmis héréditairement (*supra*, n° 108); il est vrai que notre législateur nouveau a déclaré, au contraire, que ce droit *serait incommunicable et non transmissible* (Fenet, t. XII, p. 600, paroles du tribun Jaubert); et en conséquence, l'article 951 dispose qu'il ne pourra être stipulé qu'au profit *du donateur seul;* mais cette formule même se réfère évidemment à notre ancien droit où il pouvait être stipulé également au profit de ses héritiers.

Et comme, d'une part, le droit de retour stipulé au profit du donateur et de ses héritiers n'aurait pas constitué une substitution, aux termes de l'article 896, lequel ne s'occupe que des dispositions qui étaient considérées comme telles dans l'ancien droit, où précisément cette stipulation de retour n'était pas confondue avec les substitutions;

Comme, d'autre part, l'article 951, seul applicable

dès lors à cette extension illicite du droit de retour, n'y ajoute pas, pour sanction, la nullité de la disposition tout entière, sanction exorbitante qui ne saurait être étendue ;

Nous concluons que cette extension seule est illicite, et qu'elle ne doit être considérée que comme une condition non écrite, aux termes de l'article 900 (comp. Coin-Delisle, art. 896, nos 26-28 ; et *Revue crit. de législat.*, 1856, t. IX, p. 319, 320 ; Marcadé, art. 896, n° 4).

113. — Le droit d'accroissement pourrait aussi, de même que le droit de retour, servir, si l'on n'y prenait garde, de déguisement à la substitution.

Je lègue ma ferme à mes deux frères, avec cette clause que la portion de celui qui mourra le premier sans enfants, accroîtra à celle du survivant.

Si la clause peut s'entendre en ce sens que je n'aurais eu en vue que le cas où l'un de mes frères viendrait à mourir avant l'autre, de mon vivant, et avant qu'ils eussent recueilli, elle sera valable comme clause très-permise d'accroissement ou de substitution vulgaire réciproque ; et l'exemple que nous venons de proposer, pourrait, en effet, comporter cette interprétation (arg. des articles 898 et 1044 ; comp. *infra*, n° 162 ; Cass., 26 juillet 1808, Marlot, Sirey, 1808, I, 382 ; Cass., 11 juin 1817, Maslieurat, Sirey, 1818, I, 294 ; Cass., 19 juillet 1814, Siméon, Sirey, 1815, I, 14 ; Cass., 10 janv. 1821, Marey, Sirey, 1821, I, 324 ; Cass., 4 déc. 1843, Decherf, Dev., 1844, I, 268 ; Cass., 26 mars 1851, Taveau, Dev., 1851, I, 734).

Mais supposons que je me sois expliqué de telle façon qu'il demeure certain que j'ai aussi prévu le cas où le décès de l'un de mes frères avant l'autre n'arriverait qu'après mon décès, et lorsque chacun d'eux aurait recueilli la portion de ma ferme à lui léguée.

Faudra-t-il ne voir là qu'une extension illicite du droit d'accroissement, qui serait seulement réputée non écrite, aux termes de l'article 900?

On l'a prétendu ainsi (comp. Rolland de Villargues, nos 128 et 260 ; ajout. Rouen, 10 juin 1814, N..., arrêt cité par cet auteur).

Mais nous croyons au contraire que la substitution prohibée apparaît ici clairement avec tous ses caractères. Que trouve-t-on, en effet, au fond de cette clause de prétendu accroissement réciproque, si ce n'est l'obligation réciproquement imposée à chacun des deux légataires de conserver sa portion pendant sa vie, afin de la rendre, à sa mort, à son frère survivant!

« Ne serait-il pas bizarre, dit fort bien M. Coin-Delisle, que les substitutions *bilatérales* fussent plus innocentes que les substitutions unilatérales. » (Comp. Troplong, t. I, nos 125, 126; Coin-Delisle, art. 1044, n° 9; et *Revue crit. de législat.*, 1856, t. IX, p. 315-318; *voy.* toutefois Villequez, *Revue historique de droit français et étranger*, 1863, t. IX, p. 212-214.)

114. — Voici toutefois une hypothèse qui s'est présentée, et qui serait de nature à se présenter assez souvent.

Plusieurs individus, copropriétaires d'un immeuble, conviennent de le posséder soit en commun, soit même divisément, avec la clause que la part des prémourants accroîtra aux survivants, de manière à ce que le dernier vivant réunisse sur sa tête la propriété de l'immeuble tout entier.

Est-ce que l'on devra aussi traiter cette clause comme une substitution prohibée? (*Voy.* Cod. *de Donat. causa mortis.*)

Il faut s'entendre!

Suppose-t-on une convention intéressée de part et

d'autre, dans laquelle chacune des parties aurait eu pour but d'acquérir éventuellement la part de ses copropriétaires bien plutôt que de leur donner sa part, et où, par suite, l'équivalent, pour chacun d'eux, de la chance qu'il courait de perdre sa portion, était la chance qu'il avait de gagner la portion des autres?

Nous croyons qu'une telle convention ne devra pas être considérée comme une substitution; mais pourquoi? Est-ce parce que le droit d'accroissement introduit dans une libéralité faite conjointement à plusieurs, même pour le cas où chacun des gratifiés aurait déjà recueilli, ne constitue jamais une substitution? nullement! c'est par un tout autre motif; c'est parce que la substitution suppose essentiellement une *institution*, c'est-à-dire une disposition à titre gratuit, une donation entre-vifs ou un legs; or, dans l'espèce proposée, il n'y a pas de disposition à titre gratuit; il n'y a qu'un contrat commutatif, un contrat aléatoire et une sorte de tontine; donc, l'élément essentiel de la substitution fait alors défaut.

C'est aux magistrats qu'il appartient, en ces occasions comme toujours, de discerner le véritable caractère de l'acte; et il se pourrait même que la qualification de donation entre-vifs réciproque, que les parties auraient donnée à leur convention, ne fût pas un obstacle à ce que cette convention fût considérée comme intéressée de part et d'autre, s'il était constaté, en fait, que telle a été l'intention véritable et prédominante des contractants (comp. Cass., 12 pluviôse an IX, Lemoine, arrêt rendu contrairement aux conclusions de Merlin, *Quest. de droit*, v° *Substit. fidéicom.*, § 4 (*voy.* pourtant la nouv. édit.); Paris, 25 janv. 1817, Tribert, cité par Rolland de Villargues, n°s 261, 262; D. *Rec. alph.*, v° *Substitution*, sect. I, art. 2, § 3, n° 11; Coin-Delisle, art. 896, n° 11).

115. — L'article 899 déclare qu'il faut considérer comme valable :

« .... La disposition entre-vifs ou testamentaire, par « laquelle l'usufruit sera donné à l'un, et la nue pro- « priété à l'autre. »

Il est manifeste, en effet, qu'une disposition semblable ne présente aucun des caractères de la substitution ; on y trouve, au contraire, deux libéralités également directes, par lesquelles chacun des gratifiés est saisi en même temps et dès actuellement, sans aucune éventualité ni condition de survie : l'un, de l'usufruit ; l'autre, de la nue propriété, que tous les deux reçoivent directement du disposant lui-même ; et voilà pourquoi il faut qu'ils soient tous les deux conçus, soit à l'époque de la donation entre-vifs, soit à l'époque du décès du testateur (art. 906).

Il est vrai que c'est à l'époque de la mort du donataire ou du légataire de l'usufruit, et par l'effet de sa mort même, que le donataire ou le légataire de la nue propriété recouvrera, le plus ordinairement, la jouissance de la chose ; mais il la recouvrera seulement par l'effet de la *consolidation*, c'est-à-dire par un des modes naturels d'extinction du droit d'usufruit (art. 617) ; ce n'est pas l'usufruitier mourant qui rendra son droit au nu-propriétaire ; son droit ! il ne peut pas le rendre ! puisque ce droit meurt avec lui ; aussi n'est-il pas nécessaire que le donataire ou le légataire de la nue propriété survive au donataire ou au légataire de l'usufruit ; et la nue propriété qui lui appartient, redeviendra pleine et entière, dans quelques mains qu'elle se trouve, à l'époque où l'usufruit prendra fin par la mort de l'usufruitier.

Ceci est donc d'évidence !

Si néanmoins le législateur a cru devoir s'en expli-

quer, c'est sans doute à raison d'une certaine ressemblance que présente, sous quelques rapports, avec la substitution, la disposition par laquelle l'usufruit est donné à l'un et la nue propriété à l'autre. Le donataire de la nue propriété, en effet, n'entre en jouissance effective qu'après la mort du donataire de l'usufruit, de même que le substitué n'entre en jouissance qu'après la mort du grevé ; et en outre, lorsqu'une fois la substitution s'est ouverte par le prédécès du grevé et la survie de l'appelé, il semble que le droit du grevé n'ait plus été rétroactivement, dans le passé, qu'une sorte de droit d'usufruit.

Mais ce ne sont là que de simples apparences, qui n'empêchent pas que la différence la plus profonde n'existe toujours entre la substitution et la disposition, par laquelle deux personnes sont gratifiées : l'une, de l'usufruit ; l'autre, de la nue propriété.

116. — Et, toutefois, ces apparences, si peu fondées, qu'elles soient, peuvent devenir et sont, en effet, devenues la cause de difficultés fort sérieuses.

Il arrive parfois que, dans certaines dispositions, les libéralités en usufruit et en nue propriété sont combinées de telle manière que c'est une question très-grave de savoir si ces sortes de libéralités rentrent dans l'article 896, comme dispositions prohibées, ou dans l'article 899, comme dispositions permises.

Un testateur, par exemple, a légué l'usufruit de ses biens à son neveu, et la nue propriété à ses enfants nés et à naître.

C'est une substitution, disait Thévenot (n° 577), dans notre ancien droit.

Mais cette solution ne nous paraîtrait pas admissible aujourd'hui.

En effet, ou le neveu, légataire de l'usufruit, n'aura

pas d'enfants nés ou conçus, lors du décès du testateur ; et dans ce cas, le legs de la nue propriété sera caduc ; et cette caducité profitera à l'héritier légitime du disposant, par conséquent au neveu lui-même, s'il est son héritier ;

Ou le neveu aura des enfants ; et dans ce cas, les deux legs s'exécuteront : le legs d'usufruit, au profit du père ; le legs de la nue propriété, au profit des enfants, sans qu'il y ait là même l'apparence d'une substitution (comp. Rolland de Villargues, n° 282).

117. — Il n'y en aurait pas non plus, suivant nous, si le testateur, après avoir légué l'usufruit de ses biens à son neveu Primus, et la nue propriété à ses enfants nés et à naître, avait ajouté que, en cas de décès de son neveu sans enfants, il léguait la nue propriété à un autre, à Secundus.

Si, en effet, Primus, lors du décès du testateur, n'a pas d'enfants nés ou conçus, rien de plus simple ; le legs de la nue propriété fait à ses enfants nés et à naître étant caduc, Secundus sera immédiatement légataire pur et simple de la nue propriété.

Si, au contraire, Primus a des enfants, ceux-ci seront légataires de la nue propriété sous la condition résolutoire de leur décès avant Primus, leur père ; tandis que Secundus en sera, de son côté, légataire, sous la condition suspensive du même événement.

Mais, dans toutes les hypothèses, on aperçoit distinctement les deux legs très-directs, de l'usufruit et de la nue propriété ; Primus, lui, en effet, ne peut avoir et n'aura jamais que l'usufruit ; il n'est donc ni un grevé ni un substitué ; et quant à ses enfants, légataires de la nue propriété seulement, sous la condition résolutoire de leur survie à Primus, leur père, ils ne sauraient être non plus considérés comme grevés envers

Secundus ; car, ainsi que l'a très-bien dit la Cour de Poitiers (*infra*), le prédécès de leur père anéantirait le droit éventuel de Secundus, qui n'aurait désormais plus rien à prétendre en vertu du testament; ce qui prouve bien que Secundus, en effet, n'est pas appelé à recueillir les biens après les enfants de Primus, par ordre successif (comp. Rouen, 11 août 1825, Sirey, 1826, II, 310; Poitiers, 21 juin 1825, Bénétean, D., 1825, II, 239; Caen, 11 août 1825, Manchon, D., 1826, II, 159; Cass., 16 juill. 1838, Hébert, Dev., 1838, I, 705; Cass., 20 janv. 1840, Garneray, Dev., 1840, II, 363; Montpellier, 6 mai 1846, de Montheil, Dev., 1846, II, 572; Duranton, t, VIII, n° 52; Rolland de Villargues, n°s 282, 283; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 12).

118. — Mais supposons que le testateur ait dit :

Je lègue l'usufruit de mes biens à mon neveu, et la nue propriété à l'aîné des enfants *qu'il laissera*.

Le législateur de l'an II avait répondu que « au nom près, une telle disposition ne présente qu'une substitution, dont l'usufruitier se trouvait grevé envers l'aîné de ses enfants, et doit suivre les mêmes règles. » (Loi du 9 fructidor an II, 20e question.)

On ne saurait nier, en effet, que l'intention du disposant de créer une substitution ne se trahisse assez visiblement dans une telle clause; et il faut même ajouter que cette clause offre aussi le caractère d'éventualité, qui distingue la substitution, puisque le legs de la nue propriété est fait à celui des enfants qui se trouvera l'aîné, non pas à l'époque du décès du testateur, mais bien à l'époque du décès de l'usufruitier, son père.

Il est vrai, mais le père, lui ! n'est et ne sera jamais qu'usufruitier; et, par conséquent, il n'est pas possible de voir en lui un grevé de substitution; sans doute,

aucun de ses enfants n'aura la propriété de son vivant, puisque la propriété est léguée à l'un d'entre eux sous une condition, qui ne peut se vérifier qu'à l'époque du décès de leur père ; mais, d'une part, il ne s'ensuit nullement que la propriété doive, pour cela, appartenir à leur père ; elle appartiendra, au contraire, à l'héritier légitime du testateur ; et d'autre part, comme l'événement de la condition, qui peut transmettre la propriété à l'enfant aîné de l'usufruitier, sera la mort de l'usufruitier lui-même, et non pas la mort de l'héritier qui aura été jusque-là propriétaire, il en résulte qu'il n'y a là qu'un legs conditionnel et non point une substitution.

119. — Le motif même que nous venons de donner de la solution qui précède, prouve assez que cette solution ne devrait pas, suivant nous, être admise dans le cas où le neveu institué légataire de l'usufruit serait lui-même l'héritier ab intestat du testateur.

Non-seulement, en effet, dans ce cas, l'intention de créer une substitution serait flagrante ; mais la chose serait bien et dûment accomplie, et nous serions en face d'une substitution véritable. Que signifierait ce legs d'usufruit au neveu qui, comme héritier ab intestat, devrait conserver en réalité, pendant toute sa vie, la propriété ? (Comp. Paris, 1er déc. 1807, Lafeuilland, Sirey, 1807, II, 1211 ; Marcadé, art. 896, n° 2.)

Il faudrait donc, pour qu'il n'y eût pas de substitution, que le neveu légataire de l'usufruit renonçât à la succession ab intestat ; ce qui laisserait la propriété à l'héritier venant après lui, avec la chance de la conserver incommutablement, si le legs conditionnel qui en a été fait, ne se réalisait pas, c'est-à-dire si le neveu légataire de l'usufruit venait à mourir sans enfants (comp. Demante, t. IV, n° 15 *bis*, I).

120. — Et nous arrivons ainsi, par une transition toute naturelle, à une autre hypothèse très-grave, qui s'est dernièrement présentée.

Une testatrice avait fait la disposition suivante :

« Dans le cas où mon petit-fils, Emmanuel Lezé, né du mariage d'Emmanuel Lezé et de dame Louise Dureau, décédés, mourrait sans postérité, je veux qu'il soit réputé n'avoir recueilli qu'en usufruit sur sa tête la moitié de ma succession ; dans le même cas, je lègue la propriété de cette moitié sous condition suspensive à mes neveux et nièces, qui la recueilleront par souches. Si un ou plusieurs de mes neveux et nièces mouraient avant moi, laissant de la postérité, j'appelle celle-ci à prendre la place des père et mère. Il en résulte que mon petit-fils ne possédera la moitié de ma succession que sous condition résolutoire, savoir : qu'il mourra laissant de la postérité. »

Nous avons cru devoir reproduire en entier cette clause, à raison de l'extrême importance qu'elle nous paraît destinée à acquérir, si l'arrêt de la Cour de cassation, qui l'a déclarée valable, est destinée à faire jurisprudence. Nous craignons, en effet, que du jour où la validité en sera assurée, cette formule ne devienne un protocole tout fait à l'usage de ceux qui voudraient établir des substitutions prohibées.

La Cour de cassation, en rejetant le pourvoi contre un arrêt de la Cour d'Angers, l'a toutefois, disons-nous, déclarée valable :

« Attendu que la clause testamentaire, dont il s'agit, peut être interprétée comme contenant deux donations conditionnelles distinctes : l'une, d'usufruit ; l'autre, de nue propriété ; — Que la condition, si elle se réalise du vivant de la testatrice, aura cet effet, que le premier donataire n'aura jamais rien reçu, et que la

disposition testamentaire ne contiendra qu'une substitution vulgaire; — Qu'en admettant que la condition ne vienne à se réaliser qu'après le décès de la testatrice, on doit encore reconnaître que les neveux et nièces de la testatrice ne recevront pas le bien seulement au décès du petit-fils, mais directement au décès de la testatrice, qui leur en transmet elle-même la nue propriété par l'effet de sa volonté; — Qu'ainsi, en décidant que la disposition testamentaire, dont il s'agit, ne contenait qu'une libéralité conditionnelle, qui pouvait se résoudre, à l'égard du petit-fils, en une simple donation d'usufruit, et en décidant qu'elle ne contenait ni obligation de conserver et de rendre, ni substitution, l'arrêt n'a pas violé la disposition de l'article 896 du Code Napoléon, et n'a fait qu'une saine application de la loi. » (30 avril 1855, Lezé, Dev., 1856, I, 607.)

Déjà une doctrine semblable avait été présentée devant la Cour de cassation, le 4 janvier 1843, dans un rapport de M. Mesnard, sur une affaire *Decherf;* mais la Cour, à cette époque, ne l'avait pas consacrée; et sans s'expliquer sur ce moyen, elle avait rejeté le pourvoi en vertu d'un autre moyen, que M. le rapporteur avait aussi présenté (4 janv. 1843, Decherf, Dev., 1844, I, 268).

Cette doctrine soulève, à notre avis, des objections infiniment graves; et il nous serait difficile de l'admettre:

1° Nous ferons d'abord deux remarques dont la justesse ne nous paraît pas contestable, à savoir:

D'une part, que la testatrice, dans l'espèce, s'était certainement et évidemment proposé de faire une véritable substitution;

Et, d'autre part, qu'elle avait aussi certainement et évidemment réussi à atteindre son but.

Quelle situation nous représente, en effet, cette clause ?

Le petit-fils devenant, dès après la mort de la testatrice, son aïeule, plein propriétaire des biens légués; conservant, pendant toute la durée de sa vie, cette pleine propriété; et puis, à l'époque de sa mort, les neveux et nièces de la testatrice appelés à recueillir, après lui, les biens sous la condition de lui survivre.

Voilà le fait, voilà la vérité du fait !

Eh bien ! nous disons que si ce fait-là est possible, au moyen d'une certaine habileté de rédaction et de quelques artifices de langage, la prohibition des substitutions risque fort de n'être plus désormais qu'un vain mot !

Est-il vrai que notre loi se soit donné à elle-même un pareil démenti ?

Nous ne le pensons pas.

2° Ce que notre loi autorise, dans l'article 899, c'est la disposition par laquelle l'usufruit est donné à l'un, et la nue propriété à l'autre, c'est-à-dire la disposition double et simultanée, dont le résultat est d'attribuer dès à présent à chacun des deux gratifiés l'objet distinct et séparé de son legs : à celui-ci, l'usufruit; à celui-là, la nue propriété (*supra*, n° 115) ;

Or, tout autre est le résultat effectif et véritable de la disposition dont il s'agit; ce prétendu légataire d'usufruit, mais le voilà, au contraire, qui est en même temps légataire de la nue propriété ! De telle sorte que, à compter du décès de la testatrice et jusqu'à l'époque de son décès à lui-même, il sera plein et entier propriétaire ! c'est-à-dire absolument dans la même position qu'un grevé de substitution.

Et puis, à l'époque de son décès, qu'arrivera-t-il ?

Absolument aussi ce qui arrive dans une substitution.

Si les neveux et nièces de la testatrice ne lui ont pas survécu, sa propriété se consolidera ; elle ne sera pas, comme on dit, résolue ;

Si les neveux et nièces de la testatrice lui ont survécu, sa propriété sera résolue ; et les neveux et nièces gratifiés à leur tour, en vertu du testament, recueilleront les biens absolument comme des substitués, après la mort du grevé.

Où donc est la différence entre une disposition pareille et une substitution ?

On répond que *les neveux et nièces de la testatrice ne recevront pas le bien seulement au décès du petit-fils, mais directement du vivant de la testatrice, qui leur en transmet elle-même la nue propriété par l'effet de sa volonté.*

Ce qui revient à dire que la disposition dont il s'agit, constitue un legs conditionnel et non pas une substitution.

Mais il nous semble que ceci n'est qu'une pétition de principe, et que l'on tranche ainsi la question par la question même.

Ce que nous soutenons, en effet, tout au contraire ! c'est que cette disposition-là réunit tous les éléments qui caractérisent essentiellement la substitution et qui la distinguent du legs conditionnel.

L'un des éléments les plus essentiellement caractéristiques de la substitution, l'un de ceux surtout qui servent le plus sûrement à la distinguer d'avec le legs conditionnel, c'est que la condition à laquelle est subordonnée la vocation du second gratifié, soit celle de sa survie au premier gratifié ; de telle sorte que l'époque éventuelle où le second pourrait recueillir après le premier, soit l'époque de la mort de celui-ci ;

Or, tel est le caractère de la vocation des neveux et nièces, comparée à la vocation du petit-fils de la

testatrice; elle est subordonnée à une condition sans doute; mais à laquelle? précisément à la condition caractéristique, au plus haut point, de la substitution, c'est-à-dire à une condition, dont l'accomplissement est nécessairement reporté à l'époque du décès du petit-fils;

Donc, il y a là substitution et non pas legs conditionnel!

Il ne faudrait pas objecter non plus que l'accomplissement de la condition dans les legs a un effet rétroactif, qu'il n'a pas dans la substitution.

Oui, répondrais-je, dans les legs!

Mais ce que je nie précisément, c'est qu'il n'y ait qu'un legs dans cette clause; ce que je soutiens, c'est qu'il y a une substitution; et cette objection ne serait encore elle-même qu'une nouvelle pétition de principe. Nous avons vu d'ailleurs aussi plus haut (n° 96), que cette rétroactivité de la condition accomplie, dans les legs, qui est absolument niée par plusieurs, n'est pas, en tous cas, assez caractérisée pour être un moyen sûr de distinction entre le legs conditionnel et la substitution, parce qu'elle en est plutôt l'un des effets que l'un des éléments constitutifs.

Le caractère prédominant et capital, qui distingue la substitution d'avec le legs conditionnel, on ne saurait trop y insister, c'est ceci : que l'époque de l'accomplissement de la condition est la mort du premier gratifié, auquel le second gratifié doit survivre pour recueillir à son tour.

Et lorsqu'une disposition, où se rencontrent d'ailleurs les autres caractères de la substitution, présente aussi ce caractère-là, nous n'hésitons pas, pour notre part, à dire : voilà une substitution!

Maintenant, suffira-t-il que le disposant déclare que si la condition s'accomplit, c'est-à-dire si le second

gratifié survit au premier, celui-ci sera considéré, par l'effet d'une condition résolutoire, n'avoir jamais eu que l'usufruit; tandis que l'autre sera considéré, par l'effet d'une condition suspensive, avoir toujours eu la propriété?

Si cela suffit, le moyen sera trouvé bon! et nous finissons, comme nous avons commencé, en disant que ce moyen servira désormais de passe-port aux substitutions prohibées, du moins dans tous les cas où les appelés seront conçus à l'époque du décès du testateur.

Rolland de Villargues semblait, dès 1833, avoir prévu cette espèce, lorsqu'il s'exprimait ainsi :

« A cet égard, la difficulté consistera à savoir si le prétendu usufruitier, après la mort duquel le nu-propriétaire devrait jouir, n'est pas, dans la réalité, gratifié lui-même de la propriété et si elle ne doit pas d'abord reposer sur sa tête avant qu'elle aille se fixer sur celle du prétendu nu-propriétaire. » (N° 278.)

Et après avoir démontré qu'il faut se mettre en garde contre les *tournures frauduleuses* des actes, il concluait :

« Qu'il y aurait substitution, s'il résultait manifestement de l'acte que, sous l'apparence d'un legs d'usufruit, le testateur a réellement donné la propriété en première ligne à celui qu'il a simplement qualifié d'usufruitier. » (N° 283; *voy.* aussi n° 102 de son *Traité*, où l'auteur fait l'application de cette doctrine à une hypothèse de tous points semblable à celle qui nous occupe.)

Cette conclusion nous paraîtrait tout à fait applicable à l'espèce de l'arrêt Lezé (comp. Coin-Delisle, *Revue crit. de législat.*, 1856, t. IX, p. 289 et suiv.; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 12, 13).

121. — Très-différente était, suivant nous, l'espèce de l'arrêt *Piédelièvre*, par lequel la Cour de cassation, rejetant le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Rouen

(du 24 févr. 1834, D., 1835, II, 30), a décidé qu'il n'y avait pas substitution (17 juin 1835, Dev., 1836, I, 44).

Un sieur Piédelièvre, après avoir légué à la demoiselle Ozeraie, âgée alors de dix ans, l'usufruit de tous ses immeubles, avait ajouté la clause suivante :

« Dans le cas où ladite Aimée-Justine Ozeraie viendrait à se marier et à laisser, lors de son décès, un ou plusieurs enfants légitimes, les biens que je viens de lui laisser en usufruit, deviendraient, dans ce cas seulement, sa propriété exclusive, et par conséquent, composeraient, à ce titre, sa succession, sans que mes héritiers présomptifs y puissent rien prétendre. »

Les héritiers du testateur prétendirent que cette clause constituait une substitution.

Mais nous croyons cette fois que c'est justement que leur prétention fut repoussée.

On aperçoit nettement ici deux legs très-distincts : l'un, de l'usufruit; l'autre, de la nue propriété; lesquels legs ne se doivent jamais confondre, sur la même tête, de manière à constituer une substitution.

De deux choses l'une, en effet :

Ou la demoiselle Oseraie mourra sans s'être mariée et sans laisser, lors de son décès, d'enfant légitime; et alors, elle n'aura jamais eu que l'usufruit; car elle n'est pas, elle, légataire de la nue propriété sous la condition résolutoire de son prédécès avant les héritiers légitimes; et alors la propriété restera aux héritiers légitimes, qui ne l'auront, à aucun moment, perdue;

Ou, au contraire, la demoiselle Ozeraie se mariera et laissera, lors de son décès, un enfant légitime ; et alors elle aura eu toujours la pleine propriété ; car elle en est légataire sous une condition suspensive; et ce qu'il est essentiel de remarquer, sous une condition dont l'événement n'est pas subordonné à sa survie aux héritiers du testateur.

Il n'y avait donc là qu'un legs conditionnel de la nue propriété, qui devait être pur et simple et sans aucune charge de conserver ni de rendre en cas d'accomplissement de la condition, et qui, au contraire, devait n'avoir aucun effet et devenir complétement caduc, en cas d'inaccomplissement de la condition (comp. aussi Colmar, 25 août 1825, Kopp, Sirey, 1826, II, 45; Poitiers, 29 juillet 1830, Potron, Dev., 1830, II, 313; Cass., 20 déc. 1831, Potron, Dev., 1832, I, 44; Coin-Delisle, *loc. supra cit.*, p. 299, 300; Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

122. — De ce qui précède, il résulte déjà que l'usufruit lui-même n'est pas susceptible de faire l'objet d'une substitution.

Et cela est d'évidence!

Comment, en effet, une personne pourrait-elle être chargée de conserver et de rendre, après sa mort, ce droit viager qui meurt avec elle!

Il n'y a rien à induire de quelques lois romaines qui admettent que l'usufruit peut être l'objet d'un simple fidéicommis (L. 4 et 29, § 2, ff. *Quib. mod. usufr. amit.;* L. 29, ff. *De usu et usufructu legat.*).

Et quant à nos anciens auteurs qui enseignaient également *qu'on peut substituer un droit d'usufruit*, il suffit de remarquer qu'ils ajoutaient que le droit d'usufruit, qui passera au substitué, *sera un autre droit d'usufruit* que celui qui appartenait au grevé (Thévenot, nos 117, 118; ajout. Ricard, chap. 9, n° 844.

Je puis donc, par exemple, en léguant l'usufruit de mes biens à Primus et à Secundus, ajouter que celui des deux qui survivra à l'autre, même après qu'ils auront recueilli, en aura seul l'usufruit tout entier.

Ou pareillement, en léguant l'usufruit à Primus, je puis ajouter que lorsque Primus viendra à mourir,

même après avoir recueilli, l'usufruit appartiendra à Secundus, et après Secundus, à Tertius, etc.

Il n'importerait même pas que je me fusse servi des mots *substitution*, *substitué;* les mots ne font pas la chose ! et il n'y aurait jamais là substitution (comp. Paris, 26 mars 1813, Briant, Sirey, 1813, II, 360 ; Cass., 22 juill. 1835, Pélissier de Pierrefeu, Dev., 1835, I, 641 ; Cass., 8 déc. 1852, Petit-Colin, Dev., 1853, I, 293 ; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Substit. fidéicomm.*, § 7 ; Delvincourt, t. II, p. 103, note 8 ; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n°s 446-454 ; Grenier, *Observ. prélim.*, n° 12 ; Rolland de Villargues, n° 270 ; Coin-Delisle, art. 899, n° 16 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 12 ; Troplong, t. I, n° 133 ; Villequez, *Revue de droit français et étranger*, 1863, t. IX, p. 211).

Il faudra seulement, bien entendu, que tous ces légataires successifs de l'usufruit soient conçus à l'époque du décès du testateur (art. 906) : car c'est directement du testateur qu'ils reçoivent ; et chacun d'eux, en conséquence, devrait demander la délivrance de son legs à l'héritier.

123. — Et cette nécessité que tous les légataires d'usufruit soient conçus à l'époque du décès du testateur, est précisément le préservatif contre l'abus que l'on aurait pu craindre d'une série illimitée de legs d'usufruit, qui se succéderaient indéfiniment les uns aux autres.

Il y aura, en effet, toujours un terme, puisque le legs serait caduc à l'égard de ceux des gratifiés qui n'auraient pas été conçus, soit à l'époque de la donation entre-vifs, soit à l'époque du décès du testateur, suivant qu'il s'agira d'une donation entre-vifs ou d'un testament (art. 906).

Ajoutons que si l'on reconnaissait que, sous le nom

trompeur d'usufruit, le disposant a entendu établir un droit perpétuel de jouissance à toujours séparé de la propriété, et transmissible par l'effet de la substitution, qu'il aurait établie, ce serait là une fraude qu'il faudrait déjouer, en considérant ce droit pour ce qu'il serait réellement, c'est-à-dire pour un droit de propriété grevé de substitution (comp. notre *Traité de la Distinction des biens*, etc., t. II, n°s 245 et 668; Merlin, *Quest. de droit, loc. sup. cit.*, § 7; et *Répert.*, v° *Usufruit*, § 5; Salviat, *de l'Usufruit*, t. I, p. 74 et t. II, p. 5).

124. — Ce que nous venons de dire de l'usufruit est également vrai, par le même motif, de la rente viagère.

Et il n'y aurait aucune substitution dans une disposition par laquelle une rente viagère serait donnée à Primus, et, lorsqu'il mourrait après avoir recueilli, à Secundus.

Il n'y aurait, disons-nous, aucune substitution, ni relativement à la rente viagère elle-même, qui est intransmissible, ni relativement au capital, qui n'appartient pas au crédit-rentier (arg. de l'article 1972; comp. Cass., 8 déc. 1852, Petit-Collin, Dev., 1853, I, 293; Rolland de Villargues, n° 271; Troplong, t. I, n° 134).

125. — La charge imposée au grevé de conserver et de rendre à l'appelé semble bien impliquer, comme condition de la substitution, l'identité d'objet dans la double libéralité qui est faite à l'un et à l'autre.

Tel est, en effet, le principe; et il s'applique d'ailleurs sans difficulté soit à des universalités, soit à des objets particuliers.

C'est ainsi qu'un légataire universel peut être chargé de conserver et de rendre, soit l'universalité elle-même en tout ou en partie, soit certains objets particuliers

qui en dépendent ; de même qu'un légataire particulier d'un ou de plusieurs objets peut être chargé de conserver ou de rendre ces objets en tout ou en partie.

126. — Que faudrait-il décider, si le donataire ou le légataire auquel le disposant aurait donné un certain bien, avait été chargé de conserver et de rendre à un autre donataire ou légataire un autre bien à lui appartenant, soit que ce bien lui provînt d'une libéralité antérieure du même disposant, soit qu'il l'eût acquis en vertu d'une autre cause ?

Serait-ce une substitution ?

On pourrait le nier, en disant que ce n'est là qu'une condition, illicite sans doute, mais qui doit seulement être réputée non écrite, aux termes de l'article 900, sans entraîner la nullité de la disposition principale. Le donataire ou le légataire peut-il être, en effet, chargé de *rendre* un bien qu'il n'a pas *reçu* du disposant ? (Comp. Rolland de Villargues, n° 4 ; Coin-Delisle, art. 896, n° 26.)

Mais pourtant, est-ce que cette disposition n'offre pas tous les caractères de la substitution, avec tous ses inconvénients ? C'est une libéralité conditionnelle sans doute, mais avec une sorte de condition qui lui imprime le caractère de la substitution. Il y a deux libéralités, dont l'une doit venir après l'autre ; il y a charge de conserver et de rendre.... *de rendre !* eh ! oui, sans doute, dans le sens que l'on a, de tout temps, attaché à ce mot, dans notre matière, où le fiduciaire pouvait être chargé de *restituer* des objets autres que ceux dont il avait été lui-même gratifié.

Par suite, nous trouvons là une incertitude dans le droit de propriété du grevé. Que manque-t-il donc pour que l'article 896 soit applicable ? Aussi, était-ce autrefois une maxime certaine que *je puis*, disait Thé-

venot, *substituer*, *non-seulement la chose même que je donne, mais aussi une autre chose* (n° 119; *Inst.*, § 1, *De singul. reb. per fidéicomm. relict.*; comp. art. 1052; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 181-183, note *a*).

127. — Mais supposons cette espèce :

Je lègue à Primus mes biens; et je le charge de remettre, après sa mort, à Secundus, une somme de 100 000 francs.

Cette charge de remettre une quantité constitue-t-elle une substitution dans les termes de l'article 896?

Cette question est, à notre avis, plus délicate; et, pour soutenir qu'il faut voir là une substitution, on pourrait raisonner ainsi :

1° L'article 896 considère comme substitution toute disposition faite avec charge de conserver et de rendre, sans définir d'ailleurs quel devra être l'objet conservé et rendu; ses termes sont, au contraire, tout a fait généraux;

Or, si l'objet qui doit être, dans cette espèce, conservé et rendu, n'est pas la chose elle-même en nature, ni une partie aliquote ou intégrante de cette chose, c'est du moins une valeur que cette chose elle-même renferme et qui doit être prélevée sur elle;

Donc, on y trouve la charge de conserver et rendre, dans les termes de l'article 896.

2° Aussi, pour assurer la restitution de cette valeur, le légataire qui en est gratifié en second ordre, pourra-t-il prendre inscription de son hypothèque légale, en vertu de l'article 1017, et même recourir, s'il y a lieu, à d'autres mesures conservatoires (arg. des articles 1065, 1066); d'où il suit que si les biens légués ne sont pas eux-mêmes indisponibles, la valeur représentative de ces biens est frappée d'indisponibilité.

3° Il faut ajouter que le disposant arriverait toujours, par ce moyen, à établir pour la transmis-

sion de sa fortune à plusieurs degrés un ordre particulier de succéder contraire à l'ordre établi par la loi ; il y arriverait ! car il chargerait ainsi le premier gratifié de rendre au second gratifié une somme égale à toute la valeur de sa succession (comp. Cass., 8 juin 1812, Mérendol, Sirey, 1812, I, 363; Zachariæ et ses annotateurs, Massé et Vergé, t. III, p. 178 ; Demante, t. III, n° 10 *bis*, II).

Nous ne croyons pas néanmoins que cette doctrine soit exacte :

Ce qui constitue essentiellement la substitution prohibée, c'est qu'elle frappe d'indisponibilité un certain bien, meuble ou immeuble sans doute, corporel ou incorporel, mais enfin un bien certain et déterminé, qui devient l'objet direct de la substitution;

Or, dans notre espèce, il est évident que cet objet n'existe pas. Qu'y a-t-il donc seulement? il y a une créance personnelle qui est léguée à Secundus contre Primus, pour l'époque éventuelle de l'ouverture de la succession de celui-ci; mais il n'y a pas un objet déterminé qui doive être conservé par Primus pour être, par lui, rendu à Secundus; donc, il n'y a pas substitution.

Nous croyons même que cette conclusion serait exacte dans le cas où la charge imposée à Primus de payer cette somme à Secundus, aurait été établie avec assignat sur les biens donnés ou légués, cette garantie ne changeant point d'ailleurs le caractère de la charge.

Et, quant à l'objection qui consiste à dire que cette doctrine fournit un moyen facile d'éluder la prohibition des substitutions, nous répondrons, avec nos savants collègues MM. Aubry et Rau, que ce n'est pas éluder une prohibition que de faire ouvertement une disposition sérieuse que la loi ne proscrit pas, et dont les résultats nécessaires ou possibles ne sont pas en

opposition avec les motifs et le but de cette prohibition.

C'est en ce sens que Marcadé (art. 896, n° 111) a pu dire qu'il n'y a pas substitution, quand la libéralité a pour objet des choses fongibles (comp. Paris, 21 déc. 1824, Dupont, Sirey, 1825, II, 74; Paris, 7 déc. 1835, Féret, Dev., 1836, II, 86; Nîmes, 18 janv. 1858, Lyon, Dev., 1858, II, 168; Troplong, t. I, n° 127; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 21).

128. — C'est également à cet ordre de principes qu'il convient de rapporter une autre espèce que la Cour de Nancy a jugée, sous la présidence de M. Troplong, par un arrêt du 18 mars 1833, qui a été l'objet d'un pourvoi que la Cour de cassation a rejeté (30 déc. 1835, d'Absac, D., 1836, I, 147).

M. de Custines, dans un testament olographe, s'était ainsi exprimé:

« Il m'est dû par la maison de Pouilly 61 000 francs que je lègue à ma chère cousine (la dame de Pouilly) ou à ses enfants, après la mort de ma fille (la dame d'Absac), si elle n'a point d'enfants. »

Cette disposition renfermait-elle une substitution au profit de la dame de Pouilly?

Oui, disait-on; la dame de Pouilly est gratifiée en second ordre après la dame d'Absac, gratifiée en premier ordre, qui est chargée de conserver et de rendre à la dame de Pouilly (comp. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. I, p. 233, note *m*).

Chargée de conserver et de rendre à la dame de Pouilly.... mais quoi? Est-ce la créance elle-même de 61 000 francs?

Eh! non, sans doute; ce qui était légué à la dame de Pouilly, c'était tout simplement sa libération! Or, ce n'est point là ce qui était laissé par le testateur à la dame d'Absac; et il serait fort difficile de comprendre

comment la dame d'Absac, en effet, aurait été chargée de conserver elle-même pendant sa vie un legs de libération fait à la dame de Pouilly pour le lui rendre après sa mort!

Il n'y avait donc point là une substitution, mais une simple remise de dette au profit de la dame de Pouilly (art. 1283); et s'il est vrai, comme nous venons de le reconnaître (*supra*, n° 127), qu'il n'y a pas substitution dans la disposition par laquelle un tiers devient créancier personnel du légataire, à plus forte raison en est-il ainsi de la disposition par laquelle un tiers cesse lui-même uniquement d'être débiteur! (comp. Troplong, t. I, n°s 138-150).

129. — C'est une question depuis longtemps débattue que celle de savoir quel est le caractère et quel doit être aujourd'hui le sort de la disposition par laquelle un donataire entre-vifs ou un légataire est chargé de rendre à un tiers ce qui lui restera des biens donnés ou légués, *id quod supererit*.

En droit romain, l'effet de ce fidéicommis était réglé en ce sens que le grevé ne pouvait disposer des biens fidéicommissés que pour ses besoins réels et sans fraude, *non intervertendi fideicommissi gratia* (L. 54 et 58, § 8, ff. *ad Senat. Trebell.*; L. 70, § 3, ff. *De legat.* 2°). Justinien voulut même, par sa Novelle 108 (cap. I), que le grevé fût obligé de laisser au substitué la falcidie, c'est-à-dire le quart des biens, et qu'il eût seulement la faculté d'aliéner les trois autres quarts à titre onéreux, et non pas à titre gratuit, si ce n'est pour certaines causes déterminées, telles que la constitution de dot, le rachat des captifs, etc.

Cette manière d'entendre et d'appliquer le fidéicommis *de eo quod supererit*, avait été généralement suivie dans notre ancienne jurisprudence française (comp. Thévenot, n°s 419-429; Ricard, chap. XII, n° 77).

Et, comme ce fidéicommis ainsi appliqué renfermait, dans une certaine mesure, cette charge de conserver et de rendre qui caractérisait la substitution fidéicommissaire en France, on a été logiquement conduit à décider que celles de ces dispositions, qui avaient été faites sous l'empire de l'ancien droit, avaient été abolies, comme toutes les substitutions, par la loi du 14 novembre 1792 (comp. Bruxelles, 24 févr. 1807, Valschaert, Sirey, 1807, II, 692; Riom, 6 avril 1821, Couelle, Sirey, 1822, II, 339; Bordeaux, 1830, Catin, Dev., 1830, II, 318; Cass., 14 mars 1832, Chéron, Dev., 1332, I, 604).

130. — Mais quant aux dispositions de ce genre qui ont été faites sous l'empire de notre droit nouveau, comment faut-il les considérer?

Je lègue mes biens à Primus; et je le charge de rendre, après sa mort, à Secundus ce qui lui en restera.

Quel doit être, aujourd'hui, le sort d'une disposition ainsi conçue?

Il s'en faut bien que l'on s'entende sur ce point; et trois opinions différentes sont en présence :

I. La première enseigne qu'il faut déclarer nulle non-seulement la disposition subsidiaire au profit de Secundus, second gratifié, mais encore la disposition principale au profit de Primus, premier gratifié.

II. D'après la seconde opinion, il faut distinguer : la disposition subsidiaire au profit de Secundus doit seule être déclarée nulle; mais la disposition principale au profit de Primus doit être déclarée valable.

III. Enfin, la troisième opinion veut, au contraire, que l'on déclare valable non-seulement la disposition principale, mais aussi la disposition subsidiaire.

Examinons rapidement ces trois systèmes :

131. — Le premier système déclare nulles tout en-

semble et la disposition principale et la disposition subsidiaire; c'est-à-dire qu'il considère cette disposition tout entière comme une substitution prohibée dans les termes de l'article 896.

Et son argument est que cette disposition impose, en effet, au grevé la charge de conserver et de rendre.

Peu importe que le disposant ne lui ait imposé que la charge de rendre; car on ne saurait, dit-il, concevoir la charge de *rendre* sans la charge de *conserver;* et la preuve en est que les articles 1048, 1049, qui autorisent, par exception, la substitution, avec charge de conserver et de rendre, ne mentionnent eux-mêmes que *la charge de rendre*, d'où résulte virtuellement la charge de *conserver* (*voy.* art. 1063).

Ce qui est vrai seulement, c'est que, dans la substitution *de eo quod supererit*, la charge de conserver qui est imposée au grevé, est moins étroite et moins rigoureuse; mais on n'en saurait conclure qu'elle n'existe pas. Lorsque Papinien, à Rome, décidait que le grevé ne pouvait, dans ce cas, aliéner que pour ses besoins réels, il se fondait non pas sur quelque Édit ou Sénatus-consulte, ou sur quelque particularité des mœurs romaines, mais uniquement sur la volonté du disposant, et sur la bonne foi que le grevé doit observer : *Verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat!* Or, ce motif-là est de tous les temps ; et on ne voit pas pourquoi la bonne foi n'imposerait pas, chez nous, au grevé la même obligation qu'elle lui imposait chez les Romains ! (comp. Meyer, *Thémis*, t. V, p. 457 et suiv.; Cotelle, *Thémis*, t. VI, p. 325 et suiv.; Rolland de Villargues, qui avait d'abord adopté cette doctrine dans une *Dissertation* publiée par Sirey, 1819, II, 58, et s'en est départi ensuite dans son *Traité des Substitutions*, n° 265, après avoir été vivement combattu par Toullier, t. II, n° 38, note 1).

132. — II. Le second système n'annule que la disposition *de eo quod supererit* au profit du second gratifié; et il maintient la disposition principale au profit du premier gratifié.

Voici comment il argumente du texte d'abord, et ensuite de ses motifs :

1° L'article 896 est composé de deux parties, dont l'une n'est pas absolument la suite de l'autre.

La première renferme une disposition générale, par laquelle les substitutions sont prohibées;

La seconde, une disposition spéciale, par laquelle une sanction particulièrement énergique est établie contre une certaine espèce de substitution, à savoir : contre celle qui emporte la charge de conserver et de rendre.

La première partie est générale; et elle s'applique, en conséquence, à toutes les substitutions; il est si vrai que toutes les substitutions, en effet, sont prohibées par la première partie de l'article 896, comme elles l'étaient d'ailleurs déjà par la loi de 1792 (*supra*, n° 60), que l'article 899, qui autorise la disposition par laquelle l'usufruit est donné à l'un et la nue propriété à l'autre, a cru devoir déclarer qu'elle *ne sera pas considérée comme une substitution;*

Or, dans la disposition dont il s'agit, ce qui constitue la *substitution*, c'est la seconde *institution*, celle qui est faite *de eo quod supererit* au profit du second gratifié;

Donc, cette seconde disposition, qui est ici la substitution, est prohibée par la première partie de l'article 896.

Et maintenant, la seconde partie de cet article sera-t-elle applicable à *l'institution*, c'est-à-dire à la disposition principale faite au profit du premier gratifié, du grevé? Non! car cette seconde partie n'atteint la

disposition principale qu'autant qu'elle impose au grevé la charge de conserver et de rendre; or, la charge de conserver n'est pas ici imposée au grevé; donc, la disposition principale ne tombe pas sous le coup de la seconde partie de l'article 896.

2° Les motifs du législateur et les principes généraux du droit s'accordent, dit-on, aussi avec cette solution.

En effet, la substitution, quelle qu'elle soit, viole ce principe capital que la faculté qui nous appartient de disposer de nos biens et de régler notre propre succession, ne va pas jusqu'à nous autoriser à régler la succession de notre successeur, même seulement pour le cas où celui-ci n'en aurait pas disposé; car c'est la loi seule, qui, à son défaut, devra régler la transmission héréditaire de ses biens. A ce point de vue, toute substitution doit tomber comme contraire aux principes essentiels sur la transmission des biens et comme portant sur la succession d'une personne vivante (art. 900, 791, 1130).

S'il en était autrement, si cette espèce de substitution était permise, elle n'aurait donc pas de limites; et elle pourrait s'étendre, de degrés en degrés, pendant une suite indéfinie de générations!

On ajoute enfin que cette substitution *de eo quod supererit* viole encore les principes, sous un autre rapport, en laissant le droit du substitué à la discrétion et à la merci du premier gratifié (comp. Paris, 26 janv. 1808, Merlin, *Quest. de droit*, v° *Substit. fidéicom.*, § 13, n° 2; Rouen, 29 mai 1845, Broques, Dev., 1846, II, 379; Rolland de Villargues, n° 268; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Substit.*, p. 170, n° 9; Demante, t. III, n°s 8 et 8 *bis*).

133. — III. Enfin, d'après le troisième système, le plus accrédité dans la doctrine et dans la jurispru-

dence et celui que nous croyons aussi devoir proposer, il faut déclarer valable tout ensemble et la disposition principale et la disposition subsidiaire.

Et d'abord, quant au texte de l'article 896, nous n'admettons pas qu'il puisse être scindé, comme on vient de proposer de le faire; il nous paraît, au contraire, que la seconde partie est le complément inséparable de la première; de telle sorte que la première partie ne prohibe comme substitutions que les dispositions qui réunissent les caractères déterminés par la seconde partie, dont le but a été précisément de définir ce qui est prohibé aujourd'hui sous le nom de substitution.

C'est que, en effet, la substitution que l'article 896 a entendu prohiber, c'est la substitution fidéicommissaire véritable et proprement dite, celle qui était généralement pratiquée et qui jouait un rôle politique dans l'ancien régime; or, cette substitution-là emportait la charge de conserver et de rendre. Il est vrai que l'extrême faveur des substitutions, autrefois, avait fait admettre que le substituant pouvait permettre au grevé l'aliénation même indéfinie (Thévenot, n° 787); mais c'était là une dérogation tout à fait exceptionnelle et infiniment rare au caractère de la substitution française, qui consistait éminemment dans la charge de conserver et de rendre;

Or, la disposition par laquelle le donataire ou le légataire est chargé de rendre à un tiers *id quod supererit*, n'emporte pas charge de conserver;

Donc, elle n'a pas été considérée comme substitution ni prohibée par l'article 896.

Elle n'emporte pas, disons-nous, charge de conserver; et cela nous paraît certain, malgré le dissentiment des partisans du premier système (*supra*, n° 131); les lois romaines, qui limitaient autrefois le pouvoir du

premier gratifié sur les biens à lui donnés ou légués, n'ont pas aujourd'hui d'autorité en France; et il serait impossible d'apporter une restriction quelconque au droit de disposer, qui appartient à celui qui, institué plein et entier propriétaire, n'a été chargé de rendre que ce qui lui restera.

On comprend, dès lors, comment le législateur n'a pas prohibé une disposition semblable, qui, ne rendant pas les biens indisponibles et ne produisant aucune incertitude dans le droit de propriété, ne présente aucun des inconvénients de la substitution fidéicommissaire (comp. Bruxelles, 14 nov. 1809, Massart, Sirey, 1810, II, 328; Colmar, 6 févr. 1824, Gœpffert, Sirey, 1825, II, 107; Montpellier, 13 févr. 1829, Guinard, D., 1830, II, 9; Cass., 5 juill. 1832, Duval, Dev., 1832, I, 430; Cass., 14 mars 1832, Chéron, D., 1832, I, 118; Cass., 8 juill. 1834, Simon, Dev., 1834, I, 754; Cass., 17 févr. 1836, Digoy, Dev., 1836, I, 82; Cass., 27 févr. 1843, Frébault, Dev., 1843, I, 440; Cass., 28 nov. 1849, Flameng, Dev., 1850, I, 81; Cass., 4 juill. 1853, Orsini, Dev., 1854, I, 108; Cass.; 11 févr. 1863, Lafitte, Dev., 1863, I, 204; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Subst. fidéicomm.*, § 13, n° I; Delvincourt, t. II, p. 392; Toullier, t. III, n° 38; Duranton, t. VIII, n°s 74-76; Grenier, *Observ. prélim.*, n° 70; Saintespès-Lescot, t. I, n° 89; Coin-Delisle, art. 896, n° 27; Troplong, t. I, n°s 130-132; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 19; Massé et Vergé, t. III, p. 187).

134. — Toutefois, on a objecté aussi contre notre doctrine, qu'elle violait le principe qui ne nous permet pas de régler le sort du bien par nous donné ou légué jusque dans la succession de notre donataire ou légataire.

Cette objection serait très-sérieuse, en effet, si elle était fondée; et il faut nécessairement y répondre.

Peut-être ne s'en est-on pas, en général, dans le système que nous défendons, suffisamment préoccupé.

On maintient non-seulement la disposition principale au profit du premier gratifié, mais encore la disposition subsidiaire *de eo quod supererit*, au profit du second gratifié.

Mais à quel titre cette disposition subsidiaire est-elle maintenue, et avec quel caractère?

Est-ce comme une substitution, qui ne serait pas prohibée?

Est-ce seulement comme une donation entre-vifs ou un legs ordinaire fait au second gratifié?

On trouve, dans certains auteurs et dans plusieurs arrêts, la qualification de *substitution non prohibée* appliquée à ce genre de disposition; c'est ainsi que, dans son rapport du 28 novembre 1849, M. le conseiller Mestadier disait que « *cette disposition ne constitue visiblement qu'une simple substitution de eo quod supererit, substitution non prohibée...*; » et l'arrêt de la Cour de cassation du même jour porte, en effet, aussi que ce n'est là qu'une simple disposition *de eo quod supererit, substitution non prohibée*. (Flamenq, Dev., 1850, I, 90, 91).

Mais ceci serait infiniment grave; et cette appréciation du caractère de la disposition dont il s'agit, donnerait, suivant nous, raison au second système qui prétend que cette disposition subsidiaire doit être déclarée nulle; il s'ensuivrait, en effet, qu'il ne serait pas nécessaire que le second gratifié, qui jouerait le rôle de substitué, fût conçu à l'époque de la donation entre-vifs ou du décès du testateur; car c'est, en matière de substitution, un axiome, que le substitué, recevant du disposant, par l'intermédiaire du grevé, n'a besoin, pour recueillir, d'être conçu que lors du décès de celui-ci (*supra*, n° 94).

Or, une telle déduction nous paraît impossible ! Nous croyons nous-même que la disposition *de eo quod supererit* au profit du second gratifié, ainsi considérée, devrait être déclarée nulle; car nous admettons la vérité de ce principe invoqué par le second système, que le disposant ne peut pas régler, jusque dans la succession de son donataire ou de son légataire, le sort du bien par lui donné ou légué. Et c'est bien là, en effet, le principe que M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, sur notre titre, proclamait en ces termes :

« Pour qu'une disposition à titre gratuit soit valable, la transmission devra s'opérer directement et immédiatement de la part de l'auteur de la libéralité en faveur de celui qui en sera l'objet; et il faut qu'il n'y ait point d'intermédiaire. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 436, 437).

En conséquence, si la disposition *de eo quod supererit* nous paraît valable, ce n'est point parce qu'elle ne serait qu'une substitution non prohibée; c'est parce qu'elle n'est pas du tout une substitution. Elle n'est qu'une donation entre-vifs ou un legs ordinaire; et dès lors elle ne peut être valable qu'autant que le gratifié est conçu, lors de la donation, s'il s'agit d'une donation entre-vifs, ou lors du décès du testateur, s'il s'agit d'un legs.

Et ceci répond, du même coup, à cette seconde objection, que l'on déduisait de la première, savoir, que si cette substitution-là était permise, comme aucun texte ne l'aurait limitée à un certain nombre de degrés, elle pourrait devenir perpétuelle ! (*Supra*, n° 132.)

Il n'y a rien à craindre de pareil, dès qu'elle n'est pas du tout une substitution.

135. — Mais alors c'est une autre objection encore que l'on élève contre notre théorie !

Voilà, dit-on, une libéralité qui dépend d'une condition purement potestative de la part du premier gratifié ! Se figure-t-on bien, par exemple, un donataire entre-vifs dont le droit doit toujours être ferme et stable, et qui est appelé à recueillir ce que le premier donataire voudra bien lui laisser ! Sous ce point de vue donc encore, cette libéralité *de eo quod supererit* doit être déclarée nulle (arg. des articles 944, 1174).

Nous ferons plusieurs réponses :

D'abord, ce n'est pas de la part de celui qui a donné, ou plus généralement de la part du disposant, que la condition serait purement potestative; elle ne le serait que de la part de celui qui a lui-même reçu.

En second lieu, il n'est pas vrai que ce soit là une condition absolument potestative de la part du premier gratifié; cette condition, en effet, ne dépend pas de sa seule et pure volonté, *ex mero arbitrio*, comme si le disposant lui avait dit : *Vous rendrez les biens, si vous voulez*. Il y a, au contraire, pour lui, obligation de les rendre, s'il les laisse à son décès, c'est-à-dire s'il ne les aliène pas; il faut donc qu'il les aliène pour empêcher le second gratifié de les recueillir; et son incapacité d'aliéner ou d'autres causes encore pourraient empêcher l'accomplissement de cette condition (comp. Thévenot, n° 787; Pothier, *ad Pandet.*, t. II, p. 459, n°s 52-54).

Est-ce qu'enfin cette double libéralité n'est pas aussi indivisible? Le législateur, dans l'article 896, a pensé que la disposition faite avec charge de conserver et de rendre avait ce caractère; et voilà pourquoi il l'a déclarée nulle tout entière; or, ce même caractère d'indivisibilité se rencontre également dans la disposition faite à la charge de rendre *id quod supererit ;* et il faut,

en conséquence, tout annuler ou tout maintenir; mais nous croyons avoir établi qu'il est impossible de tout annuler.

Aussi notre conclusion est-elle qu'il faut, en effet, tout maintenir.

Cette espèce de disposition, d'ailleurs, qui pourrait, à première vue, sembler un peu étrange, a, au contraire, des raisons d'être très-sérieuses; elle présente même de si grands avantages pour certaines situations, que si quelque chose, à notre avis, doit surprendre, c'est que l'usage n'en soit pas plus fréquent ni plus répandu.

Voilà, par exemple, deux époux qui n'ont pas d'enfants; ils voudraient, quoi de plus naturel et de plus légitime! que le survivant n'éprouvât que le moins de changement possible dans ses habitudes par suite du décès du prémourant.

Comment faire pour atteindre ce but?

Se léguer réciproquement, au survivant des deux, la pleine propriété de leurs biens? mais cela est trop presque toujours! car ils dépouillent ainsi leurs propres parents! et ces sortes de libéralités sont en général et très-justement, suivant nous, blâmées dans le monde et dans les familles comme excessives et injustes.

Se léguer réciproquement, au survivant des deux, l'usufruit seulement de leurs biens? mais cela est souvent trop peu, ou du moins c'est un genre de disposition qui n'empêchera pas qu'un grand changement ne s'accomplisse dans la position du survivant, et qui le soumettra à tous les ennuis, à toutes les tracasseries, auxquels l'usufruitier est exposé de la part du nu-propriétaire.

Eh bien! au contraire, la disposition en pleine propriété, à la charge de rendre *id quod supererit*,

a les avantages de l'un et de l'autre de ces modes de disposition, sans en avoir les inconvénients; elle atteint le but sans le dépasser; et en même temps qu'elle laisse à l'époux survivant le libre gouvernement de la fortune de son époux prédécédé, elle ne dépouille pas absolument les héritiers de celui-ci, qui recueilleront, après lui, ce qui en restera, sans que l'époux survivant ait pour cela rien à faire lui-même, ni donation entre-vifs, ni testament; rien à faire, disons-nous, autre chose qu'à remplir le vœu de son conjoint en gouvernant avec honnêteté la fortune qu'il a reçue de lui (comp. Rennes, 31 juillet 1858, Vromet, Dev., 1859, II, 491).

Aussi la disposition *de eo quod supererit* était-elle fort usitée autrefois dans les pays de coutume, et particulièrement en Bretagne, où pourtant, chose notable! les substitutions n'étaient pas admises; preuve nouvelle qu'elle n'est point, en effet, une substitution; et l'on ne réussirait pas à affaiblir l'autorité de cette tradition, en prétendant, d'après Bynchersboek (*Quest. juris privat.*, lib. III, cap. x), que ce n'était là qu'une continuation de communauté entre le survivant des époux et les héritiers du prédécédé (Meyer, *Thémis*, t. V, p. 458, 459). Car ces sortes de libéralités entre époux avaient des caractères propres qui, dans la plupart des coutumes, les différenciaient essentiellement de la simple continuation de communauté (comp. Toullier, t. III, n° 38).

Ce n'est pas d'ailleurs entre époux seulement que ce mode de disposition pourrait être utile et remplir le vœu du disposant. Est-ce qu'un frère ne pourrait pas vouloir disposer ainsi au profit de son frère ou de sa sœur, ou même un ami au profit de son ami, de manière à lui laisser toute liberté sur ses biens, sans cependant dépouiller irrévocablement sa famille?

136. — Mais en quoi consiste, dans une pareille disposition, le droit du premier gratifié, lorsque le disposant lui a imposé, sans autre explication, la charge de rendre ce qui restera?

Qu'il puisse disposer à titre onéreux, cela est évident.

Mais nous croyons aussi qu'il peut disposer à titre gratuit, soit entre-vifs, soit même par testament, du moins en l'absence de toute clause particulière (comp. Rennes, 31 juill. 1858, Vromet, Dev., 1859, II, 491).

Les restrictions que les lois romaines mettaient à son droit (*supra*, n° 133) n'existent plus aujourd'hui; et c'est, en conséquence, un propriétaire qui a le droit absolu de disposer (art. 544); de même, par exemple, que l'enfant donataire de son ascendant peut disposer de toute manière, à titre onéreux, à titre gratuit, entre-vifs et par testament, malgré le droit de retour que la loi accorde à l'ascendant donateur sur ce qui restera des objets donnés dans la succession du donataire décédé sans postérité (comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n°s 520-525; Toullier, t. V, n° 29; Rolland de Villargues, n° 266).

137. — Cette assimilation de ces deux sortes de droits, quoique de très-différente nature assurément, nous paraîtrait exacte encore à un autre point de vue, à savoir : pour déterminer le *id quod supererit*, c'est-à-dire quels seront les biens qui devront être considérés comme le *restant*, le *residuum*.

Les jurisconsultes romains décidaient que celui qui avait été institué à charge de rendre *id quod supererit*, était tenu de restituer les prix des ventes par lui faites, les objets reçus en échange des biens donnés, le montant des valeurs qu'il avait employées au payement de ses propres dettes, etc. (Comp. L. 70, § 3, L. 71

et 72, ff. *De legat.*, 2°; L. 54 et 58, § 8, ff. *ad Senat. Trebell.*)

Mais on sait que les Romains considéraient que cet institué était, à certains égards, tenu de conserver (*supra*, n° 129).

Or, tel n'est pas, chez nous, le caractère de la simple charge de rendre *id quod supererit;* et nous croyons que l'on se conformera à l'intention vraisemblable du disposant, en disant que le second gratifié est appelé à recueillir les objets, qui se retrouveront en nature, et, par suite aussi, deux sortes de biens, qui sont considérés comme exactement représentatifs de ces objets mêmes, à savoir : le prix encore dû de ceux qui auraient été aliénés et les actions en reprise (arg. des articles 351, 747, 766; *voy.* notre *Traité* précité, n°s 513 et suiv.).

138. — Au reste, la défense qui aurait été faite par le disposant au premier gratifié, de disposer à titre gratuit, soit par testament, soit même entre-vifs, ne devrait pas, suivant nous, modifier le caractère de la charge de rendre *id quod supererit.* Il n'y aurait pas là non plus de substitution; car ce qui constitue la substitution, c'est la charge impérative et absolue de conserver et de rendre; or, s'il est vrai que le premier gratifié, dans ce cas, n'a pas la faculté indéfinie d'aliéner, il n'est pas moins certain qu'il n'est pas non plus tenu de la charge absolue de conserver; et tout au contraire! puisqu'il peut, avec la plus entière liberté, aliéner à titre onéreux (comp. Cass., 14 mars 1832, Cheron, Dev., 1832, I, 604; Grenier, *Observ. prélim.*, n°s 7 et 7 *bis;* Duranton, t. VIII, n° 75; Rolland de Villargues, n° 266; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 19).

139. — Mais que faudrait-il décider, si le disposant, tout en chargeant son donataire ou son légataire

de conserver et rendre ses biens à un tiers, l'avait autorisé à les aliéner *en cas de besoin?*

Cette question est controversée.

D'une part, on a prétendu qu'il y avait là une substitution prohibée, puisque le grevé était, en principe, chargé de conserver, et que s'il était, par exception, autorisé à aliéner, ce n'était qu'en cas de besoin, c'est-à-dire pour une cause qui n'empêchait pas que la charge de conserver ne prédominât dans la disposition, et qui, d'ailleurs, n'étant pas définie, avait pour résultat de frapper d'incertitude toutes les aliénations que le grevé pourrait consentir (comp. Metz, 16 fév. 1815, Bernard, Sirey, 1819, II, 58; Grenier, *Observ. prélim.*, n° 7 *ter;* Marcadé, art. 896; Boissard, *des Substitutions*, p. 232).

D'autre part, au contraire, on a répondu que cette faculté d'aliéner *en cas de besoin*, par cela même que la cause de ce besoin n'était pas définie, laissait au grevé la plus entière liberté d'aliénation; que certainement, les aliénations par lui faites, au profit des tiers, en vertu d'une telle faculté, seraient incommutables; et que dès lors il n'était pas possible d'annuler comme substitution une disposition qui, loin d'imposer au grevé la charge absolue de conserver, lui laissait, de fait, au contraire, la faculté absolue d'aliéner! (Comp. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Substit. fidéicom.*, § 13, n° 3; Vazeille, art. 896, n° 31; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Substit.*, p. 170, n° 10; Rolland de Villargues, n° 267, Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 20.)

Ce dernier sentiment serait aussi le nôtre, surtout s'il résultait de la disposition que *le testateur a entendu constituer le premier gratifié seul juge de ses besoins, et l'affranchir de tout contrôle comme de toute justification à faire pour l'exercice de la faculté qu'il lui accordait* (arrêt de la Cour de cass., cité *infra*).

Mais ce motif prouve que nous verrions, au contraire, une véritable substitution dans la disposition par laquelle un donataire ou un légataire, chargé de rendre les biens à un tiers, n'aurait été autorisé à aliéner qu'*en cas de nécessité dûment justifiée* (Cass., 24 avril 1860, Loué, Dev., 1860, I, 514.)

140. — Faut-il, pour l'application des principes, que nous venons de développer, faire une différence entre la charge de rendre *id quod supererit*, ou *de residuo*, et la charge de rendre, *si quid supererit?*

On l'a prétendu ainsi, d'après les lois romaines (comp. L. 54 et 58, ff. *ad. Senat. Trebell.;* Nov. 108, cap. I; Cass., 14 mars 1832, Cheron, Dev., 1832, I, 604).

Mais nous croyons qu'il n'y a pas lieu de s'attacher aujourd'hui à ces distinctions tout au moins subtiles; que ces diverses formules sont équivalentes ; et qu'elles ne renferment, pas plus l'une que l'autre, de substitution (comp. Devilleneuve, 1846, II, 379, note 2; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 187).

141. — De ce que nous venons de dire il résulte qu'il faut, pour qu'il y ait substitution, que la charge de conserver et de rendre soit imposée au grevé d'une façon impérative et obligatoire, de manière à ce que la libéralité, qui lui a été faite, se trouve liée, pour ainsi dire, elle-même, à la libéralité qui a été faite au substitué.

Tel est évidemment le sens du mot *charge* dans notre article 896.

Mais, en même temps, il faut ajouter que la loi n'a établi, à cet effet, aucune formule sacramentelle; qu'il n'est pas nécessaire que le disposant se soit servi des termes mêmes, qui sont employés dans l'article 896 ; et qu'il suffit que sa volonté d'imposer cette

charge résulte, clairement et certainement, de sa disposition.

De cette double proposition dérivent les conséquences suivantes :

142. — D'une part, il ne faudrait pas voir une substitution dans le simple conseil, qu'un testateur aurait adressé à son légataire, de laisser les biens légués à un tiers ; — ou d'en disposer au profit d'un tiers ; — ou de les lui faire revenir, etc. ; — ni dans le désir, dans le vœu, qu'il lui aurait exprimé à cet effet ; — ni dans la prière qu'il lui en aurait adressée ; — ni même dans la recommandation, fût-elle expresse, qu'il lui en aurait faite.

Ces sortes de formules ne comporteraient pas l'obligation impérative et absolue, qui est essentielle pour établir la substitution ; elles ne la comporteraient pas, disons-nous, par elles-mêmes, et dans les termes que nous venons de présenter, sauf, bien entendu, à excepter les cas où le disposant les aurait accompagnées d'expressions ou de clauses particulières, qui leur imprimeraient le caractère impératif et obligatoire, qu'elles n'ont point par elles seules.

Il est vrai que, en droit romain et aussi dans notre ancien droit français, une prière, une recommandation, un simple désir, ou même ces mots : *je crois, je sais que vous rendrez*, suffisaient pour constituer un fidéicommis, une substitution fidéicommissaire ; et telles en étaient même les expressions les plus usitées : *rogo, precor, je prie, je désire*, que l'on considérait comme impératifs en cette matière ; et de là même cette observation de d'Aguesseau : « qu'on peut dire des testateurs ce qu'on disait autrefois des rois, qu'ils commandent quand ils prient ! » (37e plaidoyer.)

Mais c'est que, dans les législations antérieures, les fidéicommis et les substitutions étant permis et

même traités avec une grande faveur, l'interprétation pouvait, sans danger et sans s'écarter de la volonté vraisemblable du disposant, se montrer, à cet égard, facile; et pourtant, déjà même, dans notre ancien droit, Thévenot remarquait que, depuis l'Ordonnance de 1747, il fallait *exiger une preuve claire et absolue de la volonté de substituer* (*infra*, n° 179). A combien plus forte raison en est-il de même sous notre droit moderne, qui prohibe les substitutions sous peine de nullité de la disposition tout entière! (*Infra*, n° 169.)

Il est vrai encore que ces mêmes formules de prière, de désir, de recommandation, etc., pourraient, même sous notre droit actuel, être considérées comme exprimant suffisamment la volonté de substituer, dans les cas où les substitutions sont exceptionnellement permises (art. 1048, 1049), et qu'il peut, à première vue, sembler étrange qu'elles soient insuffisantes pour exprimer une substitution, quand cette substitution serait prohibée. Ce n'est point là, toutefois, une contradiction; et il est facile de comprendre que ces deux déductions, quoique contraires, dérivent néanmoins logiquement du même principe, à savoir : que le disposant doit être réputé avoir voulu faire une disposition licite et valable plutôt qu'une disposition illicite et nulle, et que, en conséquence, il faut interpréter sa volonté dans l'un et l'autre cas, de manière à la maintenir plutôt qu'à l'annuler. (*Voy.* aussi le tome IV de ce *Traité*, n° 51.)

M. Duranton objecte, contre la doctrine que nous proposons, qu'elle favorise nécessairement ou la fraude à la loi ou la fraude à la personne : « L'homme probe, dit-il, restituera; l'homme sans délicatesse ne le fera pas; or, précisément, le motif qui a porté les auteurs du Code à annuler même la disposition principale, a

été d'éviter cet écueil. » (T. VIII, n° 71 ; comp. aussi Coin-Delisle, art. 896, n° 40.)

Nous répondrons que la loi n'est pas chargée d'assurer l'accomplissement des devoirs imparfaits, des simples devoirs de délicatesse.

Le légataire, dont il s'agit, est-il obligé rigoureusement, absolument, de conserver et de rendre ? ou, au contraire, le testateur s'en est-il rapporté à sa discrétion et à sa volonté ?

Voilà, en droit, toute la question ; or nous croyons que les formules qui nous occupent, n'impliquent pas cette obligation rigoureuse et absolue, sans laquelle il n'y a pas de substitution. Il se peut que, en fait, le légataire conserve les biens pour les rendre lui-même au tiers, dans la pensée qu'il se conformera ainsi à l'intention du testateur. Mais la loi est impuissante à empêcher ce fait ; ce qu'elle peut exiger seulement et ce qu'elle exige, c'est que le légataire ne soit pas tenu de conserver (comp. Cass., 5 janv. 1809, Briourge, Sirey, 1809, I, 329 ; Cass., 20 janv. 1840, Garneray, Dev., 1840, I, 363 ; Cass., 19 mars 1856, Pénigault, Dev., 1856, I, 685 ; Cass., 11 juin 1860, Boislambert, Dev., 1860, I, 731 ; Merlin, *Répert.*, v° *Fiduciaire* (*héritier*), sect. VIII, n° 7 ; Toullier, t. III, n° 27 ; Rolland de Villargues, n° 173 ; Troplong, t. I, n° 111 ; Saintespès-Lescot, art. 896, t. I, n° 86 ; Boissard, *des Substit.*, p. 252 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 15, 16 ; Massé et Vergé, t. III, p. 186).

143. — Mais, d'autre part, il n'y a pas non plus d'expressions sacramentelles, ni *de termes marqués*, comme disait Thévenot (n° 176), pour établir une substitution ; et il suffit que la volonté du disposant de l'établir résulte, soit des termes, quels qu'ils soient, qu'il a employés, soit même seulement de la nature de la disposition qu'il a faite, si elle est telle, en effet,

qu'elle ne puisse pas s'exécuter sans que le premier gratifié soit tenu de conserver et de rendre (comp. Cass., 9 juill. 1851, Philippon, Dev., 1851, I, 605; Cass., 20 janv. 1852, Diernat, Dev., 1852, I, 169).

Un testateur a dit, par exemple :

« Je lègue mes biens à Primus; et, après qu'il aura recueilli, ou après lui, je les lègue à Secundus; ou je veux qu'ils retournent à Secundus; ou qu'ils lui soient réversibles; ou qu'ils lui appartiennent. »

Il y a là une substitution manifeste, quoique le testateur n'ait employé aucun des termes usités dans la substitution.

Comment, en effet, les biens légués à Primus pourraient-ils retourner à Secundus, lui être réversibles, lui appartenir, après Primus, si celui-ci n'était pas obligé de les conserver? (comp. Cass., 23 nov. 1840, Martenne, D., 1841, I, 42; Toulouse, 18 janv. 1841, Valois, D., 1841, II, 145; Poitiers, 6 mai 1847, Caldelar, Dev., 1847, II, 353; Cass. 11 déc. 1860, l'Adm. de l'enregist., Dev., 1861, I, 185).

144. — Ou encore :

« Je lègue mes biens à Primus, pour l'époque de la mort de mon héritier. »

C'est un legs conditionnel, disait Ulpien; car il est subordonné à la condition que Primus survivra à l'héritier du testateur (L. 4, ff. *Quand. dies legat. ced.*).

Voilà bien pourquoi nous disons, nous, que c'est une substitution; nous y voyons, en effet, l'héritier implicitement institué avec la charge de conserver et de rendre à sa mort (*supra*, n° 91; Troplong, t. I, n° 157).

145. — Une disposition, très-semblable à celle qui précède, paraît avoir été fort usitée autrefois, notamment dans les provinces d'Auvergne et du Bourbonnais.

Nous voulons parler de celle par laquelle l'époux prémourant léguait à son époux survivant tous ses biens, pour le cas où les enfants de leur commun mariage mourraient avant lui.

Chabrol (*Cout. d'Auvergne*, chap. II, art. 55) et Auroux de Pommiers (*Cout. du Bourbonnais*, art. 324, n° 19) attestent que cette disposition, que plusieurs sentences avaient d'abord déclarée nulle comme une substitution prohibée par ces coutumes, n'avait plus été, dans les derniers temps, considérée que comme un legs conditionnel fait au survivant, sous la double condition : 1° qu'il survécût à ses enfants ; 2° que ceux-ci n'eussent pas disposé avant leur décès.

Et telle est aussi la doctrine que Toullier a enseignée sous l'empire de notre Code (t. III, n° 47 ; ajout. Taulier, t. IV, p. 13).

Mais, pourtant, qu'y a-t-il, dans cette disposition, autre chose qu'une institution implicite, mais nécessaire, des enfants, avec charge de conserver et de rendre à leur auteur, si celui-ci leur survit ? cela nous paraît certain ; et nous n'apercevons pas pourquoi on ajouterait d'office que l'époux survivant n'est appelé à recueillir que ce qui restera, si d'ailleurs quelque autre clause n'autorisait pas cette interprétation (comp. Grenier, édit. Bayle-Mouillard, t. I, p. 210 ; Duranton, t. VIII, n° 67 ; Rolland de Villargues, n° 87 ; Troplong, t. I, n° 158 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 25).

146. — Est-ce donc qu'il n'y aurait pas une substitution dans une disposition ainsi conçue :

« Je lègue mes biens à Primus ; mais si Primus meurt sans enfants, le legs sera résolu ? »

Nous croyons tout à fait que la substitution serait là !

Dirait-on que ce n'est qu'un legs sous condition résolutoire ?

Ce serait le même argument, en vertu duquel on prétendait tout à l'heure, dans une hypothèse pareille, en sens inverse, qu'il n'y avait qu'un legs sous condition suspensive (*supra*, n° 144).

Et notre réponse sera par conséquent la même. On trouve, en effet, dans ce cas comme dans l'autre, tous les éléments de la substitution, avec cette seule différence, très-indifférente en soi, que dans le premier cas, l'héritier du disposant est le grevé, tandis qu'il est le substitué dans le second cas (*supra*, n° 91; comp. Cass., 3 nov. 1824, de Schlaincourt, Dev., 1824, I, 399; Cass., 11 déc. 1860, l'Adm. de l'enregist., D., 1861, I, 25; Cass., 7 mai 1862, Rhodes, Dev., 1862, I, 463; Troplong, t. I, n° 161).

147. — La défense d'aliéner forme-t-elle une substitution?

Nous examinerons bientôt quel est, en général, le caractère de ces sortes de défenses, et si elles sont valables ou doivent être, au contraire, réputées non écrites, aux termes de l'article 900 (*infra*, n°s 219 et suiv.).

Il s'agit ici de savoir spécialement si elles doivent être considérées comme renfermant une substitution.

On paraît avoir, de tout temps, reconnu que la défense ou prohibition d'aliéner ne constitue qu'un simple précepte non obligatoire, *nudum præceptum*, lorsqu'elle est pure et simple, c'est-à-dire lorsqu'elle n'est pas faite en faveur d'une personne, qui est appelée à en profiter : *Nisi inveniatur persona cujus respectu hoc a testatore dispositum est* (L. 114, § 14, ff. *De legat.* 1°; Thévenot, n°s 129, 130; Coin-Delisle, art. 896, n° 32).

A plus forte raison, devons-nous le décider ainsi aujourd'hui.

Et il importerait peu que le disposant eût imposé une peine, à titre de sanction de cette défense; comme, par exemple, s'il avait dit que, dans le cas où son légataire ne respecterait pas la défense d'aliéner, il payerait à un tiers telle somme, ou entrerait en partage avec qui de droit des biens légués. Cette clause pénale ne saurait avoir pour résultat d'imprimer le caractère de substitution à une défense d'aliéner, qui, dans les termes absolus où nous supposons qu'elle est établie, n'implique la vocation d'aucun substitué, qui soit appelé à en profiter (comp. Paris, 11 mai 1852, William de Blagny, *le Droit* du 24 septembre 1852; Troplong, t. I, n° 136).

148. — Mais, en droit romain, et dans notre ancien droit français, on voyait un fidéicommis, une substitution fidéicommissaire dans la défense d'aliéner *extra familiam*, *hors de la famille ou de l'agnation* (L. 69, ff. *De leg.* 3°; L. 4, Cod. *De fideic.;* Thévenot, n°s 231, 232).

Et cette doctrine a été encore enseignée sous notre droit nouveau (comp. Grenier, *Observ. prélim.*, n° 7; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Substitution*, t. XII, p. 171, n° 12).

Nous ne croyons pas toutefois qu'elle doive être admise aujourd'hui : soit parce qu'il nous est impossible de voir là des tiers appelés, d'une manière suffisamment certaine, à profiter de cette défense, et qu'il n'y a pas, en conséquence, véritablement de substitué; soit parce que, après tout, la défense d'aliéner hors de la famille n'est pas absolue et qu'elle n'emporte pas, dès lors, absolument la charge de conserver (comp. Troplong, t. I, n° 135).

149. — Ce qu'il faut donc, pour que la défense d'aliéner forme une substitution, c'est qu'elle implique nécessairement la charge de conserver dans l'in-

térêt de certaines personnes suffisamment déterminées, *au profit d'un tiers*, dit notre article 896.

Il n'y aurait aucun doute sur ce point, si la personne dans l'intérêt de laquelle la défense a été faite, était désignée dans l'acte même de disposition.

Mais cette condition n'est pas indispensable; et nous verrions le caractère d'une substitution dans la défense d'aliéner, qui serait imposée à un donataire ou à un légataire, soit dans l'intérêt de ses enfants ou autres héritiers, soit dans l'intérêt des enfants ou autres héritiers du disposant (comp. *supra*, n° 91; Cass., 30 nov. 1853, Vernet, Dev., 1854, I, 27; Cass., 7 mai 1862, de Carbonnel, Dev., 1862, I, 462; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Substit. fidéicom.*, § 10; Toullier, t. III, n°s 50, 51; Rolland de Villargues, n° 301; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 18).

150. — Il est clair, d'après ce que nous venons de dire, que la simple défense de tester ne saurait être considérée comme une substitution.

Comment voir, en effet, une charge absolue de conserver dans une disposition qui laisse au gratifié la liberté entière d'aliéner par actes entre-vifs! (Comp. Thévenot, n° 233; Toullier, t. V, n°s 50, 51; Duranton, t. VIII, n° 75; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 18; Rolland de Villargues, n° 303; Troplong, t. I, n° 137).

C'est par application du même principe que la Cour de cassation a aussi décidé qu'il n'y a point substitution prohibée dans l'interdiction faite au légataire de disposer des biens à titre gratuit, s'il est d'ailleurs investi du droit d'en disposer de toute autre manière (11 févr. 1863, Lafitte, Dev., 1863, I, 204).

151. — Faudrait-il voir une substitution dans l'obligation qui aurait été imposée au donataire ou au légataire d'instituer un tiers pour son héritier?

On le pensait ainsi, dans notre ancienne jurisprudence, d'après l'autorité des lois romaines (L. 114, § 6, ff. *De legat.* 1°). Mais Thévenot, qui enseigne cette doctrine, la justifiait en disant que, pour faire valoir le fidéicommis, il est permis de s'écarter de la signification propre des mots (n° 184).

Nous ne saurions raisonner de même en présence de notre article 896, qui déclare nulle tout entière, la disposition entachée de substitution ! Aussi, notre avis est-il qu'une pareille clause, en général, ne devrait pas être considérée comme emportant substitution, par cela même qu'elle n'emporte pas, à la charge du donataire ou du légataire, l'obligation absolue de conserver les biens donnés ou légués. Une telle condition serait réputée non écrite, et voilà tout (art. 900; comp. Colmar, 6 févr. 1824, Gœpffert, Sirey, 1825, II, 107; Cass., 8 juill. 1834, Simon, Dev., 1834, I, 372; Paris, 12 nov. 1858, Heurteux, Dev., 1859, II, 307; Rolland de Villargues, n° 334; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Substit.*, p. 172, n° 16; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 18).

152. — Tout au plus pourrait-on voir une substitution dans la charge qui aurait été imposée au donataire d'un immeuble déterminé de léguer cet immeuble à un tiers désigné aussi dans l'acte de disposition (comp. Bruxelles, 10 févr. 1809, Ernst, Sirey, 1810, II, 546; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, *loc. supra cit.*; Massé et Vergé, t. III, p. 184).

153. — Il faut aussi que la disposition annonce que c'est seulement à l'époque de son décès que le grevé a été chargé de rendre.

Certaines formules ne laissent, à cet égard, aucun doute : *à son décès; — lorsqu'il mourra*, etc.

Mais il n'y a rien non plus ici de sacramentel; et il suffit qu'il résulte certainement soit de la teneur de

l'acte, soit du caractère de la disposition elle-même, que l'époque de la restitution est différée jusqu'à la mort du grevé.

C'est ce qui arriverait, par exemple, dans le cas où la charge de rendre aurait été subordonnée à un fait négatif de la part du grevé, si ce fait était de telle nature qu'il ne pût être vérifié qu'à l'époque de son décès.

« Je lègue ma maison à Primus; et s'il ne se marie pas, je le charge de la rendre à Secundus. »

A quelle époque seulement sera-t-il certain que Primus ne se sera pas marié?

Seulement à l'époque de sa mort; donc, c'est à l'époque de sa mort que la restitution éventuelle au profit de Secundus est nécessairement reportée (comp. Poitiers, 29 juill. 1830, Potron, Dev., 1830, II, 313; Rolland de Villargues, n° 77; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 23).

154. — Mais comment faudrait-il interpréter *la charge de rendre*, qui serait imposée, sans autre addition ni explication, au donataire ou au légataire?

En général, chez les Romains, le fidéicommis, qui n'avait pas été reporté *in tempus mortis*, devait être exécuté sans délai, *confestim* (L. 114, § 4, ff. *De legat.* 1°).

Chez nous, autrefois, Ricard enseignait bien aussi qu'il faut, dans la disposition, quelque chose qui indique la volonté de différer la restitution jusqu'au décès du grevé; mais il ajoutait que cette condition *se présume facilement* (chap. x, n° 6); et la vérité est que dans notre ancien droit, l'usage habituel étant de ne substituer que pour le temps du décès du grevé, on tenait que *la condition de la mort du grevé n'avait besoin d'être annoncée ni expressément ni implicitement* (n°s 919-921).

C'est que, autrefois, les substitutions étaient permises!

Mais aujourd'hui qu'elles sont prohibées, l'interprétation ne saurait plus suivre la même voie; et nous croyons que la simple charge de rendre imposée au donataire ou au légataire, ne devrait pas s'entendre de la charge de conserver pendant sa vie pour ne rendre qu'à sa mort, mais de la charge de rendre *confestim*.

Il est vrai que, dans les substitutions permises, la simple charge de rendre implique la charge de conserver (art. 1048, 1049; *supra* n° 131).

Mais précisément, c'est qu'alors les substitutions étant permises, on peut présumer que le disposant a voulu en faire une, puisqu'il faisait ainsi une disposition valable; tandis qu'il aurait fait une disposition nulle, si on interprétait son intention de la même manière dans le cas où la substitution serait prohibée (comp. Toullier, t. III, n° 23; Duranton, t. VIII, n°s 88 et suiv.; Rolland de Villargues, n°s 62 et suiv.; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Substit.*, p. 178, n° 2; Troplong, t. I, n° 115).

155. — Mais supposons que le disposant, qui a imposé au donataire ou au légataire la charge de rendre les biens donnés ou légués, l'a aussi chargé de les conserver, sans limitation d'aucune durée de temps.

On peut soutenir encore que l'époque de la mort du grevé n'ayant pas été indiquée comme devant être nécessairement celle de la restitution, il faut appliquer la règle : *Actus intelligendi sunt potius ut valeant quam ut pereant* (comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 22, 23).

Cette solution, toutefois, nous paraît ici très-contestable.

D'après l'article 896, toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire *sera chargé de conserver et de rendre* à un tiers, sera nulle;

Or, la disposition, dont il s'agit, se trouve dans les termes mêmes de cet article, qui ne dit pas que l'acte de disposition devra exprimer que la charge de rendre ne devra être accomplie qu'à l'époque du décès du grevé, et qui dès lors présume que c'est à cette époque qu'elle doit avoir lieu, dès que la disposition qui autorise le grevé à conserver, n'indique aucune limitation de temps.

On objecte que « la question dont il s'agit, n'est pas une question de droit, qui puisse être résolue d'après la définition, d'ailleurs incomplète, que le deuxième alinéa de l'article 896 donne des substitutions. »

Mais, pourtant, cette définition est très-caractéristique, en ce sens qu'elle attache le caractère de substitution à toute disposition, qui autorise le grevé à conserver, sans aucune limitation de temps, lorsque cette autorisation est accompagnée de la charge de rendre.

Et puis, d'ailleurs, à quelle autre époque, dans ce cas, le grevé devrait-il accomplir la charge de rendre, si ce n'était pas celle de sa mort? (comp. Rolland de Villargues, n°s 62 et suiv.; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Substit.*, p. 178, n° 2; Taulier, t. IV, p. 13, 14).

156. — Au reste, lorsque la charge de rendre est reportée au décès du grevé, il importe peu qu'elle ait été en même temps subordonnée à quelque autre condition.

Je lègue mes biens à Primus, à la charge par lui de les conserver et de les rendre à Secundus, dans le cas où il mourrait avant d'avoir atteint l'âge de vingt et un ans, ou sans laisser de postérité.

C'est là, sans doute, une substitution condition-

nelle, c'est-à-dire une substitution, qui, outre la condition générale, qui est propre à toutes les substitutions, de la survie de l'appelé au grevé, est en outre subordonnée à une condition particulière.

Mais les substitutions conditionnelles n'en sont pas moins des substitutions; et de ce que l'incertitude dans le droit de propriété pourrait ne pas durer aussi longtemps que dans la substitution pure et simple, il ne s'ensuit nullement qu'elle n'existe pas, au même degré, tant qu'elle dure (comp. Cass., 3 novembre 1824, Schlaincourt, Sirey, 1825, I, 42; Cass., 21 juin 1841, Schwartz, Dev., 1841, I, 603; Cass., 22 nov. 1842, Balandra, Dev., 1842, I, 914; Limoges, 6 juin 1848, David, Dev., 1849, II, 299; Cass., 26 fév. 1855, Horeau, Dev., 1855, I, 181; Cass., 13 août 1856, Gauthier, Dev., 1856, I, 893; Rennes, 1er mai 1860, Berranger, Dev., 1861, II, 404; Cass., 11 déc. 1860, l'Admin. de l'enregistr., Dev., 1861, I, 25; Thévenot, nos 300-310; Toullier, t. III, nos 36, 37; Duranton, t. VIII, no 87; Rolland de Villargues, no 313; Coin-Delisle, art. 896, nos 10 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 23; Troplong, t. I, no 159; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 217).

157. — B. Nous venons d'exposer les éléments constitutifs de la substitution prohibée.

Il nous reste à voir quels sont, dans l'application et dans la pratique, les moyens d'interprétation qu'il convient d'employer, afin d'apprécier le véritable caractère des dispositions qui peuvent être attaquées comme renfermant une substitution, et aussi de quelle manière peut être faite la preuve des substitutions prohibées (*supra*, no 87).

Les développements qui précèdent, ont déjà, par avance, mis en relief les moyens d'interprétation qui doivent nous servir de guide en cette matière.

On peut les résumer tous en cette règle unique et fondamentale, savoir : que, dans le doute, la disposition doit être interprétée en ce sens qu'elle ne renferme pas une substitution prohibée.

« Quoties ambigua oratio est, commodissum est id « accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat quam « pereat. » (L. 12, ff. *De rebus dubiis;* L. 16, *princ., ad Senatusc. Trebell.*)

Cette maxime de Julien, que l'article 1157 de notre Code a reproduite dans le titre *des Contrats ou obligations conventionnelles,* est évidemment applicable à tous les actes; nous pouvons même ajouter que l'application en est particulièrement conforme à la logique et à la raison, en matière de substitution.

Il est, en effet, logique et raisonnable de présumer que le disposant a entendu faire un acte licite plutôt qu'un acte illicite, un acte valable plutôt qu'un acte nul; d'autant plus que la nullité serait complète et ne laisserait rien subsister de sa disposition!

158. — A ce point de vue, il est facile de voir que la plupart des règles d'interprétation, qui étaient autrefois observées dans cette matière, doivent être écartées aujourd'hui; ou plutôt même qu'elles doivent nous conduire à des résultats absolument contraires à ceux que nos anciens jurisconsultes en tiraient.

Les substitutions autrefois étant permises et même favorisées, il était naturel que l'interprétation se montrât facile à en reconnaître les caractères dans les dispositions à titre gratuit; tandis que les substitutions étant aujourd'hui prohibées, il est tout aussi naturel que l'interprétation se montre, au contraire, difficile pour en reconnaître les caractères, c'est-à-dire pour arriver à un résultat, qui seraitla nullité complète de la disposition!

Et c'est là aussi ce qui explique comment, aujour-

d'hui encore, les mêmes formules, qui pourraient être considérées comme insuffisantes pour établir une substitution, dans le cas où la substitution serait prohibée, pourraient être, au contraire, considérées comme suffisantes pour établir une substitution, dans le cas où la substitution serait permise (*supra*, nos 103 et 142).

159. — Ainsi, plus de *substitutions conjecturales*, en présence de notre article 896.

Déjà, l'Ordonnance de 1747, en proscrivant ces sortes de substitutions, par l'article 19 de son titre I, avait eu pour but de prévenir les *interprétations arbitraires*, et d'obliger les donateurs et testateurs à s'expliquer *d'une manière plus expresse* (*voy.* le Préambule; et Ricard, chap. x, nos 651, 652; Thévenot, chap. XII, nos 248 et suiv.; Merlin, *Répert.*, v° *Substit. fidéic.*, sect. VIII, n° 7; Coin-Delisle, art. 896, n° 3; Troplong, t. I, nos 116 et 187; Saintespès-Lescot, t. I, n° 82; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 183).

Ce n'est pas à dire toutefois, quoique ce point ait été vivement contesté, que même sous l'empire de l'Ordonnance, l'interprétation ne fût plus possible en matière de substitutions. Est-ce qu'en effet le législateur lui-même ne serait pas impuissant à la supprimer, à moins d'arrêter le cours de l'administration de la justice, ou d'exiger, à peine de nullité, une formule unique et sacramentelle! ce que l'Ordonnance n'avait pas fait.

Aussi nous paraît-il certain que les magistrats ont aujourd'hui, en cette matière comme en toutes les autres, le droit et le devoir de rechercher, par les moyens ordinaires d'interprétation, quelle a été la volonté du disposant, et quel est le caractère réel de la disposition qu'il a faite.

Ce qui ne doit pas être admis, ce sont les *interprétations arbitraires*, déduites de simples conjectures plus ou moins divinatoires.

Mais le législateur n'a pas défendu ce que la Cour de cassation a appelé, dans son arrêt du 9 juillet 1856, les *interprétations rationnelles*, c'est-à-dire les interprétations sérieuses, qui s'attachent à rechercher dans les termes mêmes de l'acte ou dans sa teneur essentielle, le vrai caractère de la disposition. (Pommier de La Combe, Dev., 1857, I, 17; *voy.* aussi le rapport de M. le conseiller Bayle-Mouillard, *h. l.*)

160. — L'article précité de l'Ordonnance de 1747 portait que « les enfants qui ne seront pas appelés expressément à la substitution, *mais qui seront seulement dans la condition,* sans être chargés de restituer à d'autres, ne seront, en aucun cas, regardés comme étant dans la disposition.... »

A fortiori, devons-nous poser, en principe général, sous notre droit, que *la condition ne vaut pas vocation* (comp. L. 114, § 13, *De legat.*, 1°; Ricard, *des Disposit. condit.*, n° 455; Furgole, *sur ledit article*, et *Traité des Testam.*, t. II, chap. IV, sect. VII).

C'est que, en effet, une clause, en tant qu'elle se borne à exprimer une condition, ne saurait être considérée comme *dispositive;* elle n'est, par elle-même, qu'une simple modalité, *privatio puritatis*, comme disaient les docteurs (comp. Bartole sur la loi 22 ff., *Solut. matrim.*, n° 9; Cass., 23 nov. 1843, Guilbert, Dev., 1843, I, 43; Cass., 4 déc. 1843, Decherf, Dev., 1844, I, 268; et le rapport de M. le conseiller Mesnard, *h. l.*; Troplong, t. I, n°s 108 et 297; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 14).

161. — On voyait autrefois une substitution compendieuse dans cette formule :

J'institue Primus; et, en cas de décès, ou après son décès, j'institue Secundus; ou je lui substitue Secundus; ou encore, je mets Secundus à sa place. »

On y voyait, disons-nous, une substitution, qui

comprenait, *sub compendio verborum*, tout à la fois et la substitution directe ou vulgaire, et la substitution indirecte ou fidéicommissaire (comp. *supra*, n° 70; Thévenot, chap. XXIII, n°s 430 et suiv.).

Il ne faudrait, au contraire, y voir généralement aujourd'hui que la substitution vulgaire, parce qu'en effet, cette clause pouvant être interprétée comme exprimant soit les deux substitutions ensemble, soit seulement l'une d'elles, il est conforme à notre règle d'interprétation de l'entendre seulement dans le sens d'une simple substitution vulgaire, c'est-à-dire de décider que le testateur n'a eu en vue que le cas où Primus viendrait à décéder avant lui (comp. Rolland de Villargues, n°s 236 et suiv.).

Et il importe peu que le disposant, qui a fait une substitution vulgaire, ait qualifié sa disposition du nom de substitution. L'article 898, en déclarant que cette sorte de disposition ne sera pas considérée comme une substitution, n'en a pas, pour cela, changé le caractère; surtout, il n'a pas pu faire dépendre le vrai caractère de la disposition, du nom que le disposant lui aura donné! (Comp. Demante, t. III, n° 14 *bis*.)

162. — Ce procédé d'interprétation doit même être généralisé; et la jurisprudence l'a étendu, fort justement, à tous les cas où la condition à laquelle est subordonnée la disposition principale, qui se trouve accompagnée d'une disposition subsidiaire, est de nature à s'accomplir soit avant le décès du testateur, soit après son décès.

On présume alors que le testateur n'a disposé que pour le cas où la condition s'accomplirait de son vivant.

« Je lègue mes biens à Primus; et si Primus ne se marie pas, je lui substitue Secundus. »

Si nous entendons cette clause en ce sens que le testateur a eu en vue le cas où Primus ne se marierait

pas, non-seulement de son vivant à lui, testateur, mais même après son décès, voilà une substitution fidéicommissaire prohibée!

Au contraire, il n'y aura qu'une substitution vulgaire permise, si nous l'entendons en ce sens que le testateur n'a eu en vue que le cas où Primus ne se marierait pas avant l'ouverture du legs, c'est-à-dire du vivant du testateur.

Et c'est dès lors cette dernière interprétation qui doit prévaloir.

On pourrait objecter, sans doute, que les termes de la clause sont généraux; et que même, probablement, le testateur a eu en vue le cas où Primus mourrait sans être marié, même après avoir recueilli. Cette objection aurait surtout de la gravité, si, en raison de l'âge comparé du testateur et de Primus ou de toutes autres circonstances de fait, il ne paraissait guère vraisemblable que le testateur eût pensé que Primus pourrait se marier avant sa mort.

Mais finalement, que seraient ces probabilités et ces vraisemblances autre chose que des conjectures? Or, nous avons dit que la volonté simplement conjecturale ne suffisait pas pour établir une substitution, et qu'il y fallait, au contraire, une volonté non équivoque et certaine (comp. *supra*, n° 159; Cass., 27 fév. 1843, Frébault, Dev., 1843, I, 440; Cass., 4 déc. 1843, Decherf, Dev., 1844, I, 268; *voy.* aussi Amiens, 6 avril 1854, Horeau, Dev., 1854, II, 315; Cass., 26 fév. 1855, mêmes parties, Dev., 1855, I, 182; Cass., 11 juin 1860, Boislambert, Dev., 1860, I, 731; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 27; Massé et Vergé, t. I, p. 183; Coin-Delisle, *Revue critique de législat.*, 1856, t. IX, p. 317, 318; Saintespès-Lescot, t. I, n°s 71, 72; Boissard, p. 251; Troplong, t. I, n° 117).

163. — Mais la solution devra-t-elle encore être la même, si le testateur a dit :

« Je lègue mes biens à Primus; et *s'il meurt sans enfants*, je lui substitue Secundus? »

Cette clause a été, suivant les espèces, diversement interprétée, dans la jurisprudence et dans la doctrine.

Plusieurs arrêts y ont trouvé le caractère d'une substitution fidéicommissaire (comp. Bordeaux, 18 mai 1823, Guillaumeau, Sirey, 1823, II, 155; Cass., 3 nov. 1824, Sirey, 1825, I, 42; Amiens, 29 avril 1826, Guerard, Sirey, 1828, II, 93; Nîmes, 4 avril 1827, Maurin, Sirey, 1827, II, 252).

Tout au moins, suivant M. Rolland de Villargues (n° 239), faudrait-il distinguer :

Ou les enfants de Primus seraient, à défaut de leur père, appelés à recueillir, comme héritiers légitimes, dans la succession ab intestat du testateur, les biens par lui légués à leur père; et dans ce cas, on peut ne voir, dans la clause en question, qu'une substitution vulgaire;

Ou, au contraire, les enfants de Primus n'étant pas héritiers légitimes du testateur, ne pourraient recueillir les biens légués qu'en vertu du legs; et alors, ce legs devrait être considéré comme renfermant une substitution fidéicommissaire; autrement, la volonté du testateur se trouverait intervertie et trompée; en effet, ce qu'il avait voulu, c'est que les biens par lui légués appartinssent soit à Primus, s'il laissait des enfants, soit à Secundus, si Primus ne laissait pas d'enfants; c'est en un mot que la substitution par lui faite ne nuisît pas aux enfants de Primus; or, dans l'interprétation contraire, si Primus venait à mourir avant le testateur, en laissant des enfants, les biens légués n'appartiendraient ni aux enfants de Primus, qui n'étaient pas dans la disposition, mais seu-

lement dans la condition (*supra*, n° 160), ni à Secundus, dont la vocation se trouverait caduque par le défaut d'accomplissement de la condition à laquelle elle était subordonnée; donc, on ne peut pas supposer que le testateur a eu en vue une hypothèse, qui déjouerait complétement ses intentions; donc, il a eu en vue l'hypothèse où Primus mourrait, après lui, sans laisser d'enfants; et par conséquent, il a fait une substitution fidéicommissaire.

Cette conclusion toutefois nous paraîtrait trop absolue. Après tout, le testateur a pu prévoir le cas où Primus et même aussi ses enfants viendraient à mourir avant lui ; et comme rien, nous le supposons, dans la disposition elle-même, ne prouve le contraire, nous serions portés à ne voir, en général et sauf les circonstances particulières du fait, dans une telle clause, qu'une simple substitution vulgaire (comp. Cass., 11 juill. 1817, Maslieurat, Sirey, 1818, I, 294; Cass., 10 janv. 1821, Maret, Sirey, 1821, I, 384; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 26; Massé et Vergé, t. III, p. 183; Troplong, t. I, n° 123).

164. — Autre hypothèse, qui se présentait autrefois fréquemment, et qui pourrait se présenter encore.

Une libéralité a été faite à Primus et à ses enfants; ou même à Primus et à ses enfants nés et à naître.

Est-ce là une libéralité faite conjointement, que Primus et ses enfants doivent recueillir en même temps, *ordine conjunctivo seu simultaneo?*

N'est-ce pas plutôt une double libéralité faite à Primus d'abord, et après lui, à ses enfants, *ordine successivo*, c'est-à-dire une substitution fidéicommissaire?

Nos anciens auteurs ne voyaient, en général, qu'une libéralité faite conjointement dans celle qui s'adressait

à une personne *et à ses enfants* (comp. Thévenot, n° 202).

Mais lorsque la libéralité était faite à une personne *et à ses enfants nés et à naître,* ils distinguaient :

Était-ce une donation entre-vifs? cette clause formait une substitution en ce qui concerne les enfants à naître; car, disait Thévenot, le père étant saisi par la donation et les enfants à naître ne pouvant pas l'être, il en résulte nécessairement l'ordre successif (n° 206).

S'agissait-il d'un testament? on reconnaissait généralement qu'il y avait legs conjoint entre le père et les enfants déjà nés lors du décès du testateur; mais quant aux enfants nés depuis, on ne s'accordait pas : les uns voulant que ces enfants eux-mêmes fussent considérés comme légataires conjoints (Ricard, chap. VIII, n° 542; Pothier, *des Substit.*, sect. II, art. 2); les autres, au contraire, voyant en eux des substitués qui devaient seulement venir *ordine successivo* (Fabre, Cod., liv. VI, tit. VIII, définit. 9; Thévenot, n° 208; Furgole, *sur l'Ordonn. de* 1747, tit. X, art. 19).

Que faut-il décider sous notre droit nouveau?

Il nous semble que la réponse est simple :

S'il s'agit d'une donation entre-vifs, la donation faite à une personne et à ses enfants, sera valable, comme faite conjointement à plusieurs codonataires, en ce qui concerne les enfants déjà nés ou conçus, pour lesquels elle aura été valablement acceptée; et quant aux enfants non encore conçus au moment de la donation, la donation sera nulle, ou plutôt il n'y aura pas de donation.

S'il s'agit d'un testament, les enfants nés ou conçus au moment du décès du testateur, seront légataires conjoints avec leur père; et le legs sera nul, ou plutôt il n'y aura pas de legs, en ce qui concerne

les enfants qui n'étaient pas encore conçus à ce moment.

Mais pourquoi verrait-on dans l'une ou dans l'autre disposition, une substitution fidéicommissaire ! nous pensons qu'il n'y a rien, ni dans les termes, ni dans la teneur de la disposition elle-même, qui nécessite une telle interprétation (comp. Cass., 7 déc. 1826, Pinatel, Sirey, 1827, I, 223; Duranton, t. VIII, n°s 52, 53; Rolland de Villargues, n°s 181 et 189; Coin-Delisle, art. 896, n° 48; Troplong, t. I, n° 113; Devilleneuve, *Observations*, *loc. infra cit.*).

La Cour de Lyon a toutefois rendu une décision contraire (24 août 1855); et le pourvoi formé contre son arrêt a été rejeté par la Cour de cassation, en des termes qui semblent aussi consacrer, quoique moins explicitement, la même doctrine (9 juill. 1856, Pommier La Combe, Dev., 1857, I, 17; *voy.* aussi le rapport de M. le conseiller Bayle-Mouillard).

165. — Ce qui est certain d'ailleurs, et ce que nous avons reconnu déjà (*supra* 113), c'est que, dans le cas où une disposition testamentaire attaquée pour cause de substitution, peut être interprétée en ce sens qu'elle n'établirait qu'un droit d'accroissement entre les colégataires, c'est cette interprétation qui doit, de préférence, être suivie.

On objecterait en vain que la clause testamentaire entendue en ce sens, serait inutile, puisque si, en effet, les légataires sont conjoints, l'accroissement se serait opéré en vertu de la loi, et indépendamment de toute clause spéciale.

Tout ce qui résulterait de là, c'est que le testateur aurait ignoré la loi peut-être, ou qu'il aurait eu trop de prévoyance; et encore, est-il vrai de reconnaître que l'on n'en a jamais trop en cas pareil ! Mais on ne serait pas autorisé à en conclure qu'il a voulu faire

une substitution prohibée (comp. Cass., 26 juill. 1808, Gaubert, Sirey, 1808, I, 382; Paris, 16 févr. 1859, Duchesne, *J. du P.*, 1860, p. 71; Duranton, t. VIII, n° 48; Rolland de Villargues, n° 258; Coin-Delisle, *Revue crit. de Législat.*, 1856, t. IX, p. 321).

166. — Et nous ne croyons même pas que cette solution dût être modifiée par la circonstance que le testateur n'aurait établi le droit d'accroissement que pour le cas où l'un ou plusieurs de ses colégataires viendrait à mourir sans enfants (comp. *supra*, n° 160; Cass., 19 juill. 1814, Marlot, Sirey, 1815, I, 14; Cass., 10 janv. 1821, Maret, Sirey, 1821, I, 384; Cass., 4 déc. 1843, Decherf, Dev., 1844, I, 268; Cass., 26 mars 1851, Taveau, Dev., 1851, I, 734; *voy.* toutefois Cass., 26 déc. 1836, de Gaujal, Dev., 1837, I, 251; Troplong, t. I, n° 126; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 28).

167. — C'est une application très-légitime de la règle d'interprétation, qui nous sert ici de boussole, de décider, lorsqu'il y a doute sur le point de savoir si, plusieurs personnes étant appelées les unes après les autres, les premières sont légataires de la propriété, ou légataires seulement de l'usufruit, de décider, disons-nous, que les premiers legs ne renferment que des dispositions d'usufruit (art. 899; *supra*, n° 115).

Un testateur a dit, par exemple :

Je lègue mes biens à Primus, pour en jouir pendant sa vie en usufruit, ou même seulement pour en avoir pendant sa vie la jouissance; et après son décès, je veux que mes biens appartiennent à Secundus, ou qu'ils retournent à Secundus.

On a vu, il est vrai, dans des formules semblables, une substitution fidéicommissaire (comp. Cass., 19 nivôse an XII; Liége, 23 oct. 1806, D., *Rec. alph.*, v° *Substit. fidéicom.*, p. 192-194; Cass., 24 mai 1837,

Albe, D., 1837, I, 340; Merlin, *Quest de dr.*, v° *Subst. fidéicom.*, § 5).

Nous croyons, toutefois, qu'il est possible alors, sans faire violence au sens naturel des mots, d'interpréter le legs fait à Primus dans le sens d'une simple disposition à titre d'usufruit (comp. Cass., 25 juill. 1832, Quet, Dev., 1832, I, 574; Cass., 5 mai 1856, Morel, Dev., 1858, I, 541; Toullier, t. III, n° 43; Rolland de Villargues, n° 289).

168. — Pareillement, entre deux interprétations, dont l'une ferait résulter de la disposition attaquée la charge absolue de conserver et de rendre, tandis que l'autre y trouverait seulement l'obligation de rendre *id quod supererit*, c'est assurément, s'il y a doute, cette dernière interprétation qui devrait être adoptée (comp. Cass., 17 févr. 1836, Digoy, Dev., 1836, I, 82; Cass., 27 févr. 1843, Frébault, Dev., 1843, I, 440; Cass., 28 nov. 1849, Flameng, Dev., 1850, I, 81).

169. — Nous disons : lorsqu'il y a doute; et cela signifie, bien entendu, un doute possible, un doute raisonnable!

Il ne faudrait pas, en effet, s'engager dans un doute systématique qui trouverait, toujours et partout, l'incertitude!

Ceci est une œuvre de mesure, de discernement et de bon sens; il est manifeste qu'il y a une limite que l'interprétation même la plus sceptique ne saurait dépasser; et cette limite est venue, quand il résulte, comme nous l'avons déjà dit (*supra*, n° 143), soit des termes de l'acte, soit du caractère essentiel de la disposition elle-même, que cette disposition forme nécessairement une substitution prohibée.

Surtout ne nous arrêtons pas aux mots, ni aux tournures plus ou moins habiles et captieuses dont les disposants peuvent se servir! il faut aller au fond

des choses et apprécier le caractère réel et sincère de la disposition attaquée. Il est telle libéralité qui, bien que qualifiée de substitution par le disposant, n'en devra pas moins être maintenue, parce qu'elle ne sera pas, en effet, une substitution (*supra*, n° 122); tandis que d'autres libéralités, (ce qui se voit bien plus souvent!), quoique qualifiées tout autrement, n'en devraient pas moins être déclarées nulles comme des substitutions prohibées (comp. *supra*, n° 110; Cass., 15 juill. 1857, Formon, Dev., 1858, I, 74).

170. — La circonstance que le légataire n'était pas conçu à l'époque de la confection du testament, pourra être indicative d'une substitution, surtout si le testateur n'avait pas pu vraisemblablement supposer que le légataire serait conçu à l'époque de son décès.

Mais cette circonstance pourtant ne saurait être considérée comme décisive; d'une part, il peut y avoir un legs, quoique le légataire ne fût pas conçu à l'époque de la confection du testament; et d'autre part, il peut y avoir une substitution, quoique le substitué soit conçu à l'époque de la mort du testateur.

171. — Des développements qui précèdent, faut-il conclure que la question de savoir si une disposition présente ou ne présente pas les caractères d'une substitution prohibée, ne soit qu'une simple question de fait et d'interprétation de volonté, et que, en conséquence, les jugements ou arrêts rendus en cette matière échappent à la censure de la Cour de cassation?

Non certes! le principe contraire est même constant, et très-justement, dans la jurisprudence de la Cour suprême:

« Attendu que, en matière de substitution, il appartient à la Cour de cassation d'examiner et d'apprécier la clause de l'acte, afin de rechercher si cette clause

renferme ou non les caractères prohibés par la loi. » (20 janv. 1852, Diernat, Dev., 1852, I, 169; ajout. Cass., 22 juin 1812, Blayac, Sirey, 1813, I, 24; Cass., 3 juin 1823, Saint-Arroman, Sirey, 1823, I, 309).

Le législateur lui-même, en effet, ayant, dans l'article 896, déterminé les caractères constitutifs de la substitution, il est évidemment dans le droit et dans le devoir de la Cour de cassation d'apprécier les clauses de la disposition attaquée dans leur rapport avec les termes de la loi, afin de reconnaître si la décision judiciaire, qui lui est déférée, n'a pas violé ou faussement appliqué l'article 896, et par suite aussi d'autres articles de loi, soit en annulant comme substitution une disposition qui n'en avait pas les caractères, soit en maintenant une disposition qui réunissait tous les caractères de la substitution; et nos recueils de jurisprudence nous offrent de nombreux exemples de l'exercice de ce pouvoir, qui doit d'autant plus appartenir à la Cour suprême, qu'il s'agit d'une matière intéressant l'ordre public (comp. Cass., 15 juill. 1857, Formon, Dev., 1858, I, 74).

Ce sont donc là, sans aucun doute, des questions de droit.

Il est vrai qu'il peut y avoir aussi, en ces sortes d'affaires, des questions de fait, dont l'appréciation appartient souverainement aux tribunaux et aux cours impériales; c'est ce qui arrive, lorsque le doute s'élève tout d'abord sur la volonté même, sur le fait même de la volonté du disposant; comme, par exemple, lorsqu'il est incertain s'il a eu l'intention de faire deux libéralités, ou seulement une libéralité unique; de donner en même temps à l'un l'usufruit seulement, et à l'autre la propriété; ou de donner au contraire, successivement, la propriété à l'un d'abord, et à l'autre

ensuite, etc.; la question portant alors, non pas sur le caractère juridique de la clause, mais bien sur l'appréciation, en fait, de l'existence même de cette clause, ne constitue qu'une question d'interprétation de volonté (comp. notre *Traité des Successions*, t. II, n° 367; et t. IV, n° 233; Cass., 19 juill. 1814, Marlot, Sirey, 1815 I, 14; Cass., 27 avril 1819, d'Alsace, Sirey, 1819, I, 313; Cass., 12 mai 1819, Auberge, Sirey, 1820, I, 79; Cass., 21 janv. 1827, Garel, Sirey, 1827, I, 142; Cass., 29 mars, Bercker, Sirey, 1829, I, 293; Cass., 31 janv. 1842, Lascoups, Dev., 1842, I, 269; Rolland de Villargues, n°s 112 et 315; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 29).

Et encore, ne faudrait-il pas que, *sous prétexte d'interpréter* la disposition, on *l'eût dénaturée* (arrêt précité du 22 juin 1812); car la Cour de cassation pourrait alors rectifier et rétablir, soit d'après les termes de l'acte, soit d'après les éléments constitutifs de la disposition elle-même, le véritable caractère de cette disposition.

172. — C'est une question controversée et difficile que celle de savoir de quelle manière peut être faite la preuve d'une substitution prohibée :

Si elle ne peut résulter que d'un acte revêtu des formes de la donation entre-vifs ou du testament;

Ou, au contraire, si les héritiers du disposant ne peuvent pas être admis à établir cette preuve par d'autres moyens : soit en déférant au donataire ou au légataire le serment sur le point de savoir si les biens ne lui ont pas été donnés ou légués sous la charge de les conserver et de les rendre à un tiers; soit en le faisant interroger sur faits et articles; soit enfin en produisant des lettres missives ou des écrits quelconques, d'où résulterait l'aveu du donataire et du légataire?

Il est une opinion qui enseigne que la preuve d'une substitution ne peut être faite qu'au moyen de l'acte même qui renferme la disposition, ou au moyen d'un testament postérieur, s'il s'agit d'un legs.

Cette opinion raisonne ainsi :

1° Il n'y a de substitution aux yeux de la loi, qu'autant qu'un premier donataire ou légataire est *chargé*, c'est-à-dire obligé légalement de conserver et de rendre à un tiers, lequel doit être lui-même donataire ou légataire, de telle sorte qu'il aurait, si la loi n'y mettait obstacle, le droit d'agir en justice contre le premier gratifié, afin d'obtenir la restitution des biens (art. 896);

Or, l'obligation du grevé et le droit corrélatif du substitué ne peuvent résulter que d'un acte revêtu des formes solennelles de la donation entre-vifs ou du testament (art. 893); car la substitution est une *sous-institution*, c'est-à-dire une disposition à titre gratuit, qui n'a d'existence légale qu'autant qu'elle se produit sous l'une ou l'autre de ces deux formes;

Donc, en dehors de ces formes, la substitution n'existe pas; il n'y a ni obligation pour le prétendu grevé, ni droit pour le prétendu substitué; donc, toute demande afin d'établir une substitution à l'aide d'autres moyens, fût-ce même par l'aveu du gratifié, doit être repoussée en vertu du principe : *Frustra probatur, quod probatum non relevat.*

2° Il est vrai que lorsqu'il s'agit de prouver qu'une libéralité a été faite à une personne incapable de recevoir, par le moyen d'une personne interposée, toutes les preuves sont admissibles; mais « c'est qu'alors « l'articulation de fraude s'attaque à une disposition « *qui est écrite;* de telle sorte qu'il n'y a plus qu'à « prouver qu'elle dissimule le véritable gratifié; c'est

« donc uniquement, en ce cas, une question de fraude « (Rolland de Villargues, n° 350). » Tandis que, lorsqu'on demande à prouver une substitution, il ne s'agit pas seulement d'une question de fraude; il s'agit d'une question de droit, et de savoir, avant tout, si même en admettant la vérité des faits allégués, ils constitueraient une substitution aux yeux de la loi.

3° Que peut-on craindre, d'ailleurs, en cas pareil? et quels sont les inconvénients de cette doctrine? Il est clair qu'elle n'en a aucun! car le donataire ou le légataire est libre d'aliéner, et les aliénations par lui consenties sont valables; or, ce que le législateur a voulu empêcher, en prohibant les substitutions, c'est l'espèce d'inaliénabilité dont elles frappent les biens, et l'incertitude qu'elles jettent dans le commerce de la société civile; donc, il est facile de comprendre qu'il n'ait pas considéré comme une substitution une disposition qui n'offre aucun de ces dangers ni de ces inconvénients (comp. Limoges, 11 janv. 1841, Mauny, Dev., 1841, II, 265; Cass., 18 juin 1835, *Minist. public*, D., 1835, I, 299; Cass., 16 mars 1842, Maumy, Dev., 1842, I, 637; Rolland de Villargues, n°s 350, 351; Marcadé, art. 896, n° VII; Vazeille, art. 896; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 249, note *c*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 35, 36; D., *Rec. alph.*, v° *Substit.*, p. 216, n°s 3, 4).

Sans méconnaître la gravité de cette argumentation, nous croyons que la doctrine contraire est la meilleure:

1° La fraude à la loi, dans les dispositions à titre gratuit, peut être prouvée par des moyens pris en dehors de l'acte, tels, par exemple, que des écrits non revêtus des formes de la donation entre-vifs ou du testament, et surtout par le propre aveu du défendeur; nous verrons même bientôt que ce principe est sou-

vent appliqué, lorsqu'il s'agit de prouver l'existence d'une interposition de personne au profit d'un incapable (art. 911; comp. Cass., 13 janv. 1857, Ville; Cass., 3 mars 1857, de Sauvan, Dev., 1857, I, 180, 182);

Or, une substitution prohibée est une fraude à la loi, et même à une loi d'ordre public;

Donc, elle doit pouvoir être prouvée par les mêmes moyens que toute fraude de ce genre, et notamment que l'interposition de personne au profit d'un incapable; car on serait fondé à dire, sous un certain point de vue, que le grevé et le substitué sont, l'un et l'autre, incapables de recevoir, eu égard au mode de transmission au moyen duquel on a voulu les gratifier.

2° On nie qu'il puisse y avoir une substitution, lorsque la charge de conserver et de rendre n'a pas été imposée au grevé par un acte revêtu des formes de la donation entre-vifs ou du testament.

Mais, pourtant, ce qui est constitutif de la substitution, c'est la charge impérative et absolue qui a été imposée au gratifié de conserver et de rendre à un tiers; or, nous supposons une disposition ainsi faite; donc, nous sommes bien en présence d'une substitution.

Ce qui peut manquer ici seulement, c'est la preuve; or, c'est cette preuve que l'on demande à faire.

Mais, dit-on, précisément cette preuve ne peut résulter que d'un acte de donation entre-vifs ou d'un testament; car le mode solennel de preuve est, dans ce cas, constitutif lui-même de la substitution; et pour le démontrer, on ajoute : 1° que lorsqu'il s'agit d'une substitution permise, elle n'existe, en effet, qu'autant qu'elle est revêtue des formes de la donation entre-vifs ou du testament; 2° que, même lorsqu'il s'agit

d'une substitution défendue, elle n'existe pas, si l'acte par lequel elle a été faite, se trouve nul en la forme; comme si, par exemple, un testateur, après avoir légué, purement et simplement, ses biens à Primus par un premier testament, le grevait ensuite, par un second testament nul en la forme, de substitution au profit de Secundus; le legs fait à Primus demeurerait alors pur et simple; d'où l'on conclut que la substitution, quelle qu'elle soit, permise ou défendue, ne peut résulter que d'un acte revêtu des formes de la donation entre-vifs ou du testament.

Le tort capital de cette objection, suivant nous, est de se placer en dehors de notre hypothèse, et par conséquent aussi de notre argumentation.

Les hypothèses qu'elle propose, en effet, sont exemptes de fraude.

Une substitution permise ne pourrait pas être prouvée autrement que par un acte de donation entre-vifs ou un testament! Eh! sans doute; car si on demande alors à la prouver, c'est pour en obtenir, non pas la nullité, mais l'exécution! et Merlin remarque fort justement que si le disposant, qui pouvait la faire en une forme solennelle, ne l'a faite que verbalement ou par un simple écrit, on est autorisé à croire qu'il n'a pas sérieusement voulu la faire.

Une substitution même prohibée ne serait pas prouvée par un acte testamentaire qui serait nul pour vice de forme ou pour tout autre vice indépendant de la prohibition de substituer! Il est vrai encore; mais ce que l'on suppose, c'est seulement un acte nul; ce n'est point un acte frauduleux!

Or, notre hypothèse est, tout au contraire, celle d'un acte frauduleux! Il s'agit d'une libéralité qui, au moment où elle a été faite, ne l'a été que sous la condition expresse et sous la charge absolue de conserver

et de rendre à un tiers ; condition et charge, qui ont été acceptées par le gratifié, et qui, par conséquent, constituent une modification essentielle de la libéralité qui lui a été faite à lui-même !

Eh bien ! nous disons qu'il y a là une fraude pareille, de tous points, à celle qui consisterait dans une interposition de personne au profit d'un incapable, et qu'elle doit, en conséquence, pouvoir être prouvée de la même manière.

On se récrie contre cette assimilation ! et on prétend qu'il y a, entre ces deux cas, une différence.

Il nous est difficile de l'apercevoir.

La disposition au profit du substitué dont nous voulons autoriser la preuve, n'est pas, dit-on, écrite dans une donation entre-vifs ni dans un testament !

Mais, vraiment, est-ce que la disposition faite au profit de l'incapable, dans le cas d'une interposition de personne, est écrite dans un acte de ce genre ?

Pas davantage.

Il y a là une donation entre-vifs ou un testament !

C'est vrai ; mais cette donation ou ce testament sont faits au profit d'un autre que de l'incapable ; et il n'y en a pas au profit de l'incapable lui-même.

Donc, en reconnaissant qu'on peut prouver, par des moyens pris en dehors de l'acte, que la libéralité est faite au profit de l'incapable, on reconnaît que la preuve d'une libéralité, dont il n'y a aucun acte revêtu des formes de la donation ou du testament, peut néanmoins être faite, lorsqu'elle constitue une fraude à la loi !

3° Reste le dernier argument, qui consiste à dire que la substitution, qui n'est pas revêtue des formes de la donation entre-vifs ou du testament, n'étant pas légalement obligatoire pour le grevé, n'a aucun des inconvénients qui ont déterminé le législa-

teur à prohiber les substitutions, puisqu'elle n'empêche pas le grevé de disposer des biens, et que dès lors elle ne doit pas être comprise dans la prohibition.

La réponse nous paraît facile.

Le législateur, en effet, ne s'est pas borné, en prohibant la substitution, à déclarer nulle la charge de conserver et de rendre; il a fait plus! il a déclaré nulle la disposition principale elle-même!

Or, il est clair que l'argument qui précède, méconnaît cette sanction énergique de la prohibition des substitutions. D'après cet argument, il aurait suffi au législateur de délier le grevé de l'obligation de conserver et de rendre, et, en lui conférant ainsi la libre faculté d'aliénation, de purger la disposition des dangers qu'elle présentait; mais notre loi, au contraire, a frappé de nullité la disposition tout entière;

Donc, il ne suffit pas, lorsque l'existence d'une substitution est constatée, de dire que le grevé ayant le pouvoir d'aliéner, on doit lui laisser le bénéfice de la disposition principale; il faut lui enlever à lui-même le bénéfice de cette disposition, que le législateur n'a pas voulu qu'il conservât, dès qu'il ne demeurait pas grevé de la charge.

4° Cette conclusion, qui nous paraît la plus juridique, est également, à nos yeux, la plus morale et la plus politique. Comment! voilà un homme qui avoue qu'il n'a reçu que sous la charge expresse et absolue de conserver et de rendre! Bien plus! supposez (l'exemple s'est présenté), que, dans son testament, on trouve la déclaration solennelle que les biens qui lui ont été donnés, doivent être, à sa mort, considérés comme cessant de lui appartenir, par suite de la substitution dont il a été grevé; et que c'est, pour ses héritiers, un devoir rigoureux de les rendre au substitué qu'il leur

désigne! et si les héritiers légitimes du disposant, en présence d'une déclaration pareille, demandaient la nullité de la disposition tout entière, les magistrats ne pourraient pas la prononcer! il faudrait qu'ils maintinssent cette substitution manifeste! nous ne saurions le penser ainsi. Il n'y a pas d'ailleurs à se préoccuper, ainsi que l'arrêt de la Cour de Limoges (cité *supra*) semble l'avoir fait, de l'intérêt des tiers acquéreurs, auxquels le grevé aurait pu transférer les biens, avant que la substitution eût été annulée; il nous paraît, en effet, certain que les tiers, qui auraient traité loyalement sur la foi d'un titre, dont rien ne leur révélait les vices, ne pourraient pas être inquiétés (arg. de l'article 1321; comp. Cass., 22 déc. 1814, de Thiville, Sirey, 1815, I, 174; Orléans, 11 août 1823, Gaborit, Sirey, 1823, II, 291; Merlin, *Quest. de dr.*, t. VI et t. IX, v° *Substit. fidéicom.*, § 14; Coin-Delisle, art. 896, n° 55; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 185, 186).

III.

Quel est l'effet de la prohibition des substitutions?

SOMMAIRE.

173. — L'article 896 déclare nulles tout ensemble et la disposition subsidiaire et même la disposition principale.
174. — Suite. — Explication des motifs de cette sanction énergique.
175. — Du cas où l'héritier légitime du disposant joue, dans la disposition, le rôle soit de grevé, soit de substitué.
176. — La règle est que toutes les dispositions, qui se trouvent liées à une substitution, doivent être déclarées nulles : toutes celles-là, mais aussi rien que celles-là.
177. — Suite.
178. — Suite.
179. — Suite. — Lorsqu'une partie seulement des biens donnés ou légués à une personne est grevée de substitution, la nullité ne porte-t-elle que sur cette partie? ou, au contraire, s'étend-elle même à ceux des biens qui ne sont pas grevés de la substitution?

180. — Suite. — Autre exemple.
181. — Suite. — Nouvel exemple. — Renvoi.
182. — Ne se peut-il pas que la disposition principale soit valable, tandis que la disposition subsidiaire serait nulle? ou même que la disposition principale étant nulle, la disposition subsidiaire soit valable?
183. — Suite.
184. — Suite. — Que faut-il décider, en ce qui concerne la caducité dont l'une des dispositions seulement aurait été atteinte, et point l'autre?
185. — Suite.
186. — L'héritier légitime pourrait-il renoncer au droit qui lui appartient de demander la nullité de la disposition qui renferme une substitution?
187. — Le disposant pourrait-il établir une clause pénale contre ses héritiers pour le cas où ils attaqueraient une substitution, qu'il aurait faite?
188. — Suite.
189. — Suite.
190. — C'est à l'héritier légitime du disposant qu'appartient, en général, le droit de demander la nullité de la disposition tout entière contre le grevé et contre l'appelé.
191. — *Quid*, dans le cas où un legs à titre particulier grevé de substitution, a été mis à la charge d'un legs universel, qui n'est lui-même, comme legs universel, grevé d'aucune substitution?
191 *bis*. — Suite.
192. — La nullité, qui atteint la disposition entachée de substitution, ne s'oppose pas à ce que cette disposition produise d'ailleurs des effets qui seraient indépendants du vice de la substitution elle-même. — Exemple.

173. — Il nous reste à déterminer quel est l'effet de la prohibition, que l'article 896 prononce contre les substitutions (*supra*, n° 51).

Rappelons d'abord le second alinéa de cet article :

« Toute disposition par laquelle le donataire, l'hé-
« ritier institué ou le légataire, sera chargé de conser-
« ver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à
« l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du
« légataire. »

Ainsi, ce que la loi déclare nul, ce n'est pas seulement la seconde disposition faite au profit du substi-

tué; c'est même aussi la première disposition faite au profit du grevé; elle déclare nulle, en un mot, la disposition tout entière.

On avait toutefois, dans l'origine de la promulgation de notre Code, entrepris de soutenir que la seconde disposition était seule frappée de nullité : c'est, en effet, disait-on, cette seconde disposition seulement qui forme la substitution; et on ajoutait que ces mots de l'article 896 : *même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire,* ne signifiaient autre chose, si ce n'est que le droit de proposer la nullité pourrait être exercé non-seulement par les acquéreurs et les créanciers du grevé, mais encore par le grevé lui-même et par ses héritiers. D'où l'on concluait que l'article 900 était applicable; et que la disposition subsidiaire étant réputée non écrite, la disposition principale, devenue pure et simple, était valable, sous notre Code, comme elle l'était sous la loi du 14 novembre 1792, qui n'annulait aussi que la substitution.

Mais cette doctrine n'a pas réussi, et elle ne pouvait pas réussir : l'article 896, en déclarant nulle *la disposition*, par laquelle le premier gratifié est chargé de conserver et de rendre, est, à cet égard, trop explicite; et ces derniers mots : *même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire*, seraient inexplicables, si, en effet, la nullité n'atteignait pas la disposition même qui est faite à son profit; ils seraient, disons-nous, inexplicables; et la preuve en est dans la prétendue explication que l'on a essayé d'en fournir et qui n'est évidemment pas sérieuse! Il est vrai que la loi du 14 novembre 1792, en annulant la disposition subsidiaire, n'avait pas annulé la disposition principale (*supra*, n° 60); mais précisément, le texte absolu de notre article 896 a été plus loin, et il déclare nulle la double disposition dans son entier!

Aussi, est-ce de là, depuis longtemps, un point incontesté dans la doctrine et dans la jurisprudence (comp. Cass., 18 janv. 1808, Rayet, Sirey, 1808, I, 234; Bruxelles, 20 févr. 1809, Ernst, Sirey, 1810, II, 546; Cass., 7 nov. 1810, Vanderhayden, Sirey, 1813, I, 456; Toulouse, 10 août 1820, Saint-Arroman, Sirey, 1820, II, 320; *voy.* aussi le décret du 31 octobre 1810, et tous les arrêts cités *supra;* Merlin, *Repert.*, v° *Substit. fidéicomm.*, sect. I, § 14, n° 2; Toullier, t. III, n° 13; Duranton, t. VIII, n° 90; Grenier, *Observ. prélim.*, n° 3; Rolland de Villargues, n° 114; Demante, t. III, n° 7 *bis;* Saintespès-Lescot, t. I, n° 61; Troplong, t. I, n° 164; Coin-Delisle, art. 896, n° 42; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 187).

174. — L'article 896 peut donc être considéré comme faisant exception au principe posé par l'article 900; car tandis que, d'après ce dernier article, les conditions illicites *vitiantur et non vitiant*, on peut dire au contraire de l'espèce de condition dont il s'agit ici, que *vitiatur et vitiat!*

Deux motifs, infiniment graves, peuvent expliquer cette différence :

1° La disposition grevée de substitution n'est pas seulement une disposition conditionnelle; elle a encore un autre caractère; elle est double et complexe; c'est-à-dire qu'elle est composée de deux parties, dont l'une, en réalité, n'est pas plus que l'autre, l'expression de la volonté du disposant; et il y a, ainsi, entre l'une et l'autre, une connexité et une indivisibilité telles, que le législateur a pu craindre, s'il les décomposait et les séparait, d'intervertir la volonté du disposant; et voilà pourquoi, ne croyant pas pouvoir les maintenir toutes les deux, il les a toutes les deux annulées;

2° Il s'est aussi proposé, par cette sanction particulièrement énergique, d'assurer de plus en plus l'effica-

cité d'une prohibition, contre laquelle des habitudes traditionnelles et des idées opiniâtres ne manqueraient pas, il le savait bien! de lutter pendant longtemps encore; et il a voulu, dit très-bien M. Coin-Delisle, couper les substitutions jusque *dans leur racine* (art. 896, n° 42).

Il est remarquable toutefois que les autres codes européens, même parmi ceux qui se rapprochent du nôtre, n'ont pas imité cette rigueur; c'est ainsi que ni à Naples, ni à Turin, la substitution vicieuse n'entraîne la nullité de la disposition principale (*voy.* le livre de M. Sauzet, *Rome devant l'Europe*, deuxième partie : *le Code Napoléon et les lois romaines*, p. 262-269).

175. — Il est clair, au reste, que si l'héritier ab intestat se trouve jouer un rôle dans la disposition, soit celui de grevé, soit celui de substitué (*supra*, n° 91), cette sanction de notre article, qui frappe à la fois de nullité la disposition principale et la disposition subsidiaire, ne pourra pas recevoir d'application; et l'héritier ab intestat, s'il est grevé, se trouvera libéré de la charge de rendre, et n'en recueillera pas moins les biens dans la succession de son auteur; de même que s'il est substitué, la nullité de la substitution, qu'il aura le droit de demander, lui fera recueillir de suite ces biens comme héritier légitime. Mais ce résultat était inévitable; où iraient alors, en effet, les biens, s'ils n'allaient pas dans la succession et à l'héritier ab intestat! Aussi, le second alinéa de notre article 896 annonce-t-il que la nullité qu'il prononce, ne frappera jamais efficacement que *le donataire, l'héritier institué ou le légataire* (comp. Delvincourt, t. II, p. 103, note 3; Coin-Delisle, art. 896, n° 6; Demante, t. IV, n° 10 *bis*).

176. — Des motifs, par lesquels nous venons d'ex-

pliquer le second alinéa de notre article 896, il résulte que la nullité qu'il prononce, doit atteindre toutes les dispositions qui se trouvent liées à une substitution :

Toutes ces dispositions-là, disons-nous, mais aussi rien que celles-là !

Cette règle est certaine; mais l'application aux différentes espèces, qui peuvent se présenter, est parfois délicate et difficile.

Ce que l'on peut dire, en thèse générale, c'est qu'il faut s'attacher à ce point essentiel de savoir s'il n'y a qu'une seule disposition, unique et indivisible, ou s'il y a, au contraire, plusieurs dispositions distinctes et indépendantes les unes des autres; dans le premier cas, la disposition unique, qui se trouve entachée de substitution, est nulle, tout entière; dans le second cas, il n'y a de nulle que celle des dispositions qui est entachée de substitution; celles des autres dispositions, qui n'ont pas ce vice, sont, au contraire, valables (comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 181-184, note *a*).

177. — Il y a des cas où aucun doute n'est possible.

Ainsi, par exemple, je lègue ma maison à Primus; et je le charge de la conserver et de la rendre, après sa mort, à Secundus.

Ou bien, je lègue l'universalité de mes biens à Primus; et je le charge de la conserver et de la rendre, après sa mort, à Secundus.

Il est évident que le legs particulier, dans le premier cas, et le legs universel, dans le second cas, est nul tout entier; il n'y a là, en effet, qu'une seule et unique disposition, qui forme un tout indivisible.

Et il importe peu, lorsqu'il s'agit d'un legs, que la

charge de conserver et de rendre ait été imposée au grevé dans le même testament qui l'a institué, ou qu'après un premier testament qui l'avait institué purement et simplement, cette charge lui ait été imposée ensuite par un second testament; puisque les testaments n'ont d'effet qu'à l'époque du décès du testateur (art. 895), le second acte testamentaire, en s'ajoutant au premier, ne forme, avec lui, qu'une seule et même disposition (comp. Cass., 21 juin 1841, Schwart, Dev., 1841, I, 603; Rolland de Villargues, n° 319; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Substit. fidéicom.*, sect. I, § 14, n° 7; Coin-Delisle, art. 896, n° 45).

178. — Pareillement, en sens inverse, il est d'autres cas, où aucun doute non plus ne pourrait s'élever.

Voici un testament par lequel une maison est léguée à Primus, à la charge de la conserver et de la rendre, après sa mort, à Secundus, et qui renferme, en outre, au profit de Tertius le legs pur et simple d'une ferme.

Le legs de la maison fait à Primus et à Secundus sera nul tout entier sans doute; mais il n'y a pas l'apparence d'une raison pour annuler le legs de la ferme fait à Primus.

Ou bien : Primus a été institué légataire universel, à la charge de conserver et de rendre, après sa mort, l'universalité des biens à Secundus; et puis le même testament renferme un legs particulier au profit de Tertius sans aucune substitution.

La nullité totale du legs universel fait à Primus et à Secundus, n'entraînera, en aucune façon, la nullité du legs particulier fait à Tertius (comp. Rouen, 14 août 1812, Priet, Sirey, 1814, II, 1).

Ou encore : je donne ou je lègue l'usufruit de mes biens à Primus; je donne ou je lègue la nue propriété

à Secundus; et je charge Secundus de la conserver et de la rendre, après sa mort, à Tertius.

Nous déclarerons nulle seulement la disposition en nue propriété faite au profit de Secundus et de Tertius, qui forme une substitution; mais la disposition en usufruit au profit de Primus en est tout à fait distincte et indépendante; il y a là non pas une seule disposition indivisible, mais deux dispositions parfaitement séparées (comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 182, 183, note *a;* Troplong, t. I, n° 166).

179. — Mais voici venir les hypothèses difficiles, sur lesquelles, en effet, les opinions cessent d'être d'accord.

Par exemple : je donne ou je lègue à Primus *ma maison et ma ferme*, à la charge de conserver et de rendre, après sa mort, *ma maison* à Secundus.

Ou encore : je lègue à Primus *la totalité de mes biens;* et je le charge d'en conserver et d'en rendre, après sa mort, *la moitié* à Secundus.

Dans le premier cas, faut-il déclarer nulle, à l'égard de Primus, non-seulement la donation ou le legs *de la maison*, mais encore la donation ou le legs *de la ferme?*

Et, dans le second cas, est-ce le legs de la totalité des biens, qui doit être déclaré nul, ou seulement le legs de la moitié des biens?

En d'autres termes, lorsqu'une partie seulement des biens donnés ou légués à une personne est grevée de substitution, la nullité ne porte-t-elle que sur cette partie? ou, au contraire, s'étend-elle même à ceux des biens qui ne sont pas affectés de la substitution?

On a enseigné que la nullité, dans ce cas, devait être totale et complète (comp. Meyer, *Thémis*, t. VI, p. 35 et suiv.; Marcadé, art. 896, n° 8; Coin-Delisle, art. 896, n° 44).

Mais cette doctrine est, à notre avis, plus que sévère! elle ne nous paraît conforme ni au véritable esprit de la loi ni à la logique.

La disposition, en effet, que la loi a voulu déclarer nulle, c'est celle qui est constitutive de la substitution, celle dans laquelle le grevé et l'appelé se trouvent associés, relativement aux mêmes biens, que l'un est chargé de conserver pour les rendre ensuite à l'autre; or, la disposition qui nous occupe, n'a ce caractère que pour une partie seulement des biens auxquels elle s'applique; donc, ce n'est que pour cette partie qu'elle forme une substitution et qu'elle doit être déclarée nulle à l'égard du second gratifié.

M. Meyer (*loc. supra cit.*) objecte que la loi annule les *substitutions partielles aussi bien que les substitutions totales!*

Il est vrai! Mais précisément, reconnaître que, dans ce cas, *la substitution n'est que partielle*, c'est-à-dire qu'elle n'affecte qu'une partie de la disposition principale, n'est-ce pas reconnaître qu'en la partie qui n'en est pas affectée, la disposition principale doit être considérée comme pure et simple et maintenue.

On ne contesterait pas, sans doute, que si j'avais légué à Primus ma maison d'abord, avec charge de restitution au profit de Secundus, et puis ensuite, dans un testament postérieur, ou même dans une phrase détachée du même testament, ma ferme, sans aucune charge de restitution, le legs de la ferme ne serait pas atteint par la nullité qui ferait tomber le legs de la maison; or, en raison et en bonne foi, quelle différence y a-t-il entre les deux hypothèses? Et se peut-il que le legs de la maison, qui serait valable dans ce dernier exemple, soit nul, au contraire, dans le premier?

L'effet ne doit donc pas être plus étendu que la

cause; la substitution ne doit pas communiquer son vice à des dispositions qui n'en sont pas frappées. Ce serait, à notre avis, violer toutes les règles d'interprétation, que de donner une pareille extension à une loi prohibitive et exceptionnelle (comp. Cass., 27 juin 1811, Drion, Sirey, 1811, I, 316; Cass., 3 août 1814, Lassus, Sirey, 1815, I, 7; Caen, 2 déc. 1847, Soynard, Dev., 1849, II, 193; Merlin, *Répert.*, v° *Substit. fidéicom.*, sect. I, § 14, n° 3; Toullier, t. III, n° 14; Duranton, t. VIII, n° 91; Troplong, t. I, n° 165; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 30).

180. — La Cour de cassation a décidé que l'on devait déclarer nulle pour le tout, la disposition par laquelle un testateur avait légué conjointement un immeuble à deux personnes, à la charge par ces deux légataires de rendre l'immeuble légué, le premier *à ses enfants*, et le second *à des collatéraux* (9 juill. 1851, Philippon, Dev., 1851, I, 605).

Et pourtant, la substitution, dans l'espèce, était permise à l'égard de l'un des légataires (art. 1048, 1049). Elle n'était défendue qu'à l'égard de l'autre (art. 896).

Mais on a considéré que le legs était fait de telle sorte *qu'il n'était pas attributif de part à chacun des légataires* (arrêt de la Cour d'Orléans, du 9 août 1850, *loc. supra*); et la Cour de cassation, en rejetant le pourvoi, a dit aussi que le vice de l'institution de l'un se communiquant à l'institution de l'autre, *appelé indivisément avec lui à recueillir le bien légué*, il ne restait rien de l'institution, et que la disposition tout entière venait ainsi à défaillir (comp. aussi Caen, 2 déc. 1847, Soynard, Dev., 1849, II, 194).

181. — Lorsqu'un légataire universel, institué purement et simplement en ce qui concerne l'universalité à lui léguée, a été chargé de conserver et de rendre, après sa mort, à un tiers, un objet particulier,

la nullité de cette substitution particulière doit-elle entraîner la nullité du legs universel lui-même tout entier ?

Nous allons examiner bientôt cette question, qui trouvera mieux sa place à l'endroit où nous rechercherons à qui cette nullité profite et par qui elle peut être proposée (*infra*, n° 191).

182. — Est-ce à dire que la disposition principale et la disposition subsidiaire soient tellement unies et inséparables, que l'une ne puisse jamais tomber sans entraîner l'autre dans sa chute ?

Ne se peut-il pas, au contraire, que la disposition principale soit valable, tandis que la disposition subsidiaire serait nulle ?

Ou même que la disposition principale étant nulle, la disposition subsidiaire soit valable ?

On pourrait penser peut-être que le disposant ayant réuni ensemble les deux libéralités, a eu l'intention de les subordonner conditionnellement l'une à l'autre, et que si l'une vient à manquer, l'autre doit aussi dès lors défaillir (comp. Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. I, p. 188).

Mais cet aperçu ne serait pas exact, suivant nous :

Pour qu'il existe une substitution, il faut qu'il y ait un moment où les deux libéralités, qui en sont les éléments constitutifs, coexistent simultanément, de telle sorte que, si les substitutions étaient permises, ces deux libéralités seraient juridiquement valables ; car c'est cette simultanéité d'existence des deux libéralités, qui forme et qui noue, pour ainsi dire, la substitution.

Si donc, au moment où cette coexistence devrait avoir lieu, l'une des deux libéralités ne peut pas naître, par un vice quelconque, soit de forme, soit de fond, indépendamment de la prohibition des substitutions,

il n'y a plus qu'une seule libéralité, qui, en soi, est très-valable, et qui ne saurait être infirmée par le résultat de la nullité de l'autre libéralité, laquelle est réputée légalement ne pas exister!

Est-ce la *substitution* qui est nulle? l'*institution* devient ou plutôt est réputée avoir toujours été une libéralité pure et simple.

Est-ce *l'institution* qui est nulle? la *substitution* devient ou plutôt encore est réputée avoir toujours été une libéralité directe (comp. Thévenot, n° 1205).

Cette doctrine s'applique d'abord certainement aux nullités de forme, dans le cas où la disposition principale et la disposition subsidiaire ayant été faites dans deux testaments distincts, l'un serait nul pour vice de forme, tandis que l'autre serait valable (comp. Rolland de Villargues, n°s 33-36 et 336; Coin-Delisle, art. 896, n° 49; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 30, 31).

183. — A plus forte raison, devons-nous l'appliquer à l'hypothèse où l'un des deux testaments aurait été seul révoqué, tandis que l'autre aurait été maintenu; puisque, dans ce cas, la volonté du testateur lui-même fournit encore un argument de plus.

184. — Mais que faut-il décider, en ce qui concerne la caducité dont l'une des dispositions seulement aurait été atteinte, et point l'autre?

L'article 26 du titre I de l'Ordonnance de 1747, portait que :

« Dans tout testament, autre que le militaire, la caducité de l'institution emportera la caducité de la substitution fidéicommissaire, si ce n'est lorsque le testament contiendra la clause codicillaire. »

Mais cet article n'avait été édicté que pour les provinces de droit écrit, dans lesquelles l'institution d'héritier étant, suivant le principe romain, *caput et fun-*

damentum totius testamenti, la nullité de l'institution faisait tomberla substitution; et la preuve que tel était le motif de l'Ordonnance, c'est qu'elle exceptait précisément les deux cas dans lesquels l'institution d'héritier n'était pas requise, à savoir : le testament militaire et la clause codicillaire; aussi Thévenot disait-il que, dans ce cas, la caducité de l'institution ne venait que *d'un vice de forme* (n° 1185; ajout. Pothier, *des Substit.*, sect. VII, art. 1 § 2).

Ce vice de forme ne peut plus avoir lieu dans notre droit nouveau, qui, à l'exemple des anciennes provinces coutumières, n'exige pas d'institution d'héritier; et on a enseigné, en conséquence, que la substitution doit être aujourd'hui maintenue, *dans tous les cas où l'institution se trouve caduque* (comp. Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Substit. fidéicom.*, sect. I, art. 3, n° 19).

Cette doctrine, ainsi formulée, serait toutefois trop générale, et deviendrait même, suivant nous, tout à fait inexacte. Nous l'adopterons nous-même, lorsqu'il s'agira des substitutions permises (comp. Thévenot, n°s 1163 et suiv.); et c'est, en effet, à cet endroit seulement (sur les articles 1048 et suiv.), qu'elle a été enseignée par Toullier (t. III, n°s 793, 794), auquel M. Dalloz l'a empruntée.

Mais il ne faut l'appliquer aux substitutions prohibées, qu'avec une distinction importante, que nécessite, comme on va le voir, la prohibition elle-même :

Ou il s'agit d'une cause de caducité antérieure à l'époque où les deux libéralités devaient coexister simultanément pour que la substitution se formât, c'est-à-dire, s'il s'agit de libéralités testamentaires, d'une cause antérieure à l'époque du décès du testateur ;

Ou il s'agit d'une cause de caducité postérieure à cette époque.

Dans le premier cas, la caducité de l'une des dispositions, loin d'emporter la caducité de l'autre, la rendra, au contraire, valable de nulle qu'elle aurait été sans cela! Nous appliquerons donc ici la même solution que nous avons appliquée pour le cas où l'un des deux testaments serait nul en la forme (*supra*, n° 182).

Est-ce le second gratifié, qui est mort avant le testateur? le premier gratifié recueillera la libéralité comme un legs pur et simple.

Est-ce le premier gratifié, qui est mort avant le testateur? le second gratifié recueillera la libéralité comme un legs direct (comp. Amiens, 6 avril 1854, Horeau, Dev., 1855, II, 315; Cass., 26 fevr. 1855, mêmes parties, Dev., 1855, I, 182; Agen, 7 juill. 1857, Lacaze, Dev., 1857, II, 408; Duranton, t. IX, n° 549; Rolland de Villargues, n° 338; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 31; Coin-Delisle, art. 896, n° 49; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 250, note *c;* Saintespès-Lescot, t. I, n° 66; *voy.* toutefois Paris, 11 mars 1811, Dupré, Sirey, 1811, II, 171).

185. — Mais dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une cause de caducité postérieure à l'époque du décès du testateur, la caducité, qui rendrait inefficace l'une des libéralités, ne saurait avoir pour effet de rendre l'autre efficace.

Voilà, par exemple, le grevé et le substitué, qui ont tous les deux survécu au testateur.

Est-ce qu'il peut dépendre soit du grevé, de faire valoir *la substitution,* en répudiant *l'institution*, soit de l'appelé, de faire valoir *l'institution*, en répudiant *la substitution?* (Art. 1039.)

La négative est évidente!

On ne peut, en effet, renoncer qu'à un droit, que l'on pourrait réclamer; or, ni le grevé, ni le substitué ne

pourraient réclamer l'exécution de la libéralité qui leur a été faite; donc, leur prétendue répudiation ne s'applique à rien, ou plutôt, elle s'applique au droit d'autrui! elle s'applique au droit qui est désormais acquis à l'héritier légitime de demander la nullité de la disposition tout entière! et il ne saurait dépendre ni du grevé ni de l'appelé, de lui enlever ce droit; avec d'autant plus de raison qu'il s'agit ici d'une disposition contraire à l'ordre public (comp. les arrêts et les auteurs cités *supra*, n° 180).

186. — C'est par ce dernier motif, que l'héritier légitime lui-même ne pourrait pas, à notre avis, au moyen d'un acquiescement ou d'une ratification quelconque, tacite ou expresse, renoncer au droit, qui lui appartient, de demander la nullité de la disposition tout entière, qui renferme une substitution; qu'il ne le pourrait pas, disons nous :

1° Lorsque son acquiescement ou sa renonciation laisserait subsister le vice d'ordre public, qui est la cause de la nullité de la disposition (comp. Cass., 11 déc. 1860, l'Adm. de l'enreg., D., 1861, I, 25);

2° Lorsque ce vice serait d'ailleurs certain et que la ratification n'aurait pas le caractère d'une transaction sur le point réellement douteux de savoir si la disposition litigieuse renfermait on ne renfermait pas une substitution prohibée.

Dans ces deux cas, en effet, la ratification se trouverait entachée du même vice et par conséquent de la même nullité que la disposition (arg. des articles 6, 1338; comp. Cass., 2 mar 1858, *J. du P.* 1858, p. 1180; Cass., 24 avril 1860, Loué, D., 1860, I, 514; *voy.* aussi Cass., 4 janv. 1831, Lapie, D., 1831, I, 9; Cass., 18 avril 1842, Cabrolier, D., 1842, I, 525; et surtout l'arrêt de la Cour de Montpellier du 24 mars 1841, *hoc loc.*; Caen, 16 nov. 1855, Bonnel,

D., 1858, II, 190; Poulain-Duparc, *Princ. de droit*, t. IX, p. 302; Toullier, t. IX, n° 40; Rolland de Villargues, n° 344; Coin-Delisle, art. 896, n° 54; Larombière, *Traité des Obligations*, t IV, p. 670).

187. — De ce que la prohibition des substitutions est de droit public, il faut encore conclure que le disposant ne pourrait pas établir une clause pénale contre ses héritiers, pour le cas où ils attaqueraient une substitution, qu'il aurait faite.

Je lègue ma ferme à Primus; et je le charge de la conserver et de la rendre, après sa mort, à Secundus. Si mon héritier demande la nullité de cette disposition, je lègue à Primus ma ferme sans aucune charge, ou même je lègue à Primus la totalité de mes biens.

Ricard disait d'une clause semblable qu'elle n'est inspirée que *par un esprit d'arrogance, qui n'a d'autre but que de détruire la loi, et qu'elle doit être censée non écrite* (*des Donations*, IIIe part., chap 12, n° 1546).

Cette doctrine est encore exacte aujourd'hui (art. 900; ajout. art. 6 et 1227).

Nemo cavere potest ne leges in suo testamento locum habeant. (L. 55, ff. *De legat.*, 1°.)

Il est d'autant plus nécessaire d'annuler une telle clause, que, si elle était maintenue, les héritiers n'ayant pas d'intérêt à attaquer la substitution, ou même ayant intérêt à ne pas l'attaquer, s'abstiendraient probablement toujours; et on se trouverait alors dans l'alternative, ou de maintenir la substitution avec tous ses inconvénients, ou de mutiler la disposition et de restreindre à une seule libéralité la double libéralité qu'elle renferme; et cela, contrairement à la volonté du testateur, qui n'avait établi cette restriction que pour le cas où sa disposition serait attaquée (comp. Cass., 14 déc. 1825, Blanc, D., 1826, I, 27; Cass., 30 juillet 1827, Suriray, Sirey,

1828, I, 36; Bordeaux, 30 juillet 1832, Gachet, D., 1833, II, 18; Rapport de M. le conseiller de Malleville à la Cour de cassation, 1er mars 1830, D., 1830, I, 142, 143; Rolland de Villargues, n° 343; Coin-Delisle, art. 896, n° 50; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 32; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 252, note *c*; Troplong, t. I, n° 265; Massé et Vergé, t. III, p. 188).

188. — Mais supposons cette hypothèse.

Voilà un testateur qui, après avoir fait des dispositions au profit de Primus et au profit de Secundus, en établissant, par exemple, entre eux, un droit d'accroissement ou un droit de retour ou toute autre combinaison, ajoute cette clause :

« S'il arrivait, à mon insu, que ces dispositions pussent être considérées comme une substitution, je déclare m'en départir; et pour ce cas, je fais telle ou telle autre disposition, soit au profit de Primus, soit au profit de Secundus, soit au profit de tout autre. »

Une pareille déclaration devrait-elle être assimilée à une clause pénale, et réputée non écrite comme telle?

M. Duranton l'enseigne (t. VIII, n° 94); et telle est aussi la doctrine de Taulier (t. IV, p. 10) et de MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. VI, p. 32, 33; ajout. Cass., 6 janv. 1863, Labbey de Punnelay, *J. du P.*, 1863, p. 225; *infra*, n° 191 *bis*).

Nous ne croyons pas que cette doctrine soit exacte :

1° Pourquoi, tout à l'heure, avons-nous déclaré non écrite la clause pénale? c'est, d'une part, parce qu'elle constitue une sorte de révolte contre la loi, dont elle tend à empêcher l'exécution; et d'autre part, parce qu'en la maintenant, on s'exposerait soit à violer l'intérêt public, qui s'oppose à l'exécution des substitutions; soit à violer la volonté du testateur, en n'exécutant qu'une partie seulement de la double et indivisible disposition qu'il avait faite;

Or, ni l'un ni l'autre de ces motifs n'existe ici; d'abord, loin d'être en révolte contre la loi, la clause, dont il s'agit maintenant, est, tout au contraire, un acte de déférence et de soumission envers elle; et ensuite, on peut alors diviser la disposition du testateur sans craindre de violer sa volonté, puisqu'il a lui-même déclaré qu'il voulait qu'elle fût ainsi exécutée, dans le cas où la loi s'opposerait à ce qu'elle le fût tout entière;

Donc, une clause de ce genre ne saurait être confondue avec une clause pénale.

2° Une solution contraire serait, à notre avis, d'une dureté, ou plutôt d'une violence extrême. On sait combien sont souvent délicates et subtiles les nuances, qui séparent la substitution prohibée d'avec certaines autres dispositions permises; et quand un disposant, dans son ignorance de la loi, ou même averti peut-être par des conseils éclairés, des difficultés que sa disposition peut soulever, déclare loyalement qu'il n'entend pas braver la loi, et que si sa disposition ne peut pas valoir telle qu'il l'a faite, il entend la faire autrement, nous croyons qu'il y aurait excès et véritablement tyrannie à déclarer nulle sa disposition, toujours et quand même !

3° Il se peut que la distinction à faire entre la clause pénale proprement dite et l'espèce de clause, dont nous nous occupons ici, offre, dans l'application, quelques incertitudes; et nous convenons que certains arrêts (cités *infra*) paraîtraient ne point avoir suffisamment discerné peut-être l'une d'avec l'autre; mais nous croyons que cette distinction n'en est pas moins réelle et exacte, et qu'elle est aussi susceptible, en fait, d'être sûrement reconnue (comp., Paris, 3 mars 1820, Sirey 1820, II, 154; Grenoble, 4 mars 1831; Cass., 8 juill. 1834, Simon, D., 1834, I, 372; Rolland de Villargues

nos 292 et 340; Coin-Delisle, art. 896, n° 51; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Substit. fidéicom.*, p. 214, n° 20; Marcadé, art. 896, n° 6; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 188; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 252).

189. — Allons même plus loin.

C'est un testateur qui a fait très-sciemment une substitution évidente; mais il l'a faite sous l'empire d'une loi, qui l'y autorisait; il l'a faite, par exemple (nous avons vu cette espèce), sous l'empire de la loi du 17 mai 1826.

Je lègue mes biens à Primus, à la charge de les conserver et de les rendre après sa mort, à ses enfants nés et à naître, conformément à la loi du 17 mai 1826, jusqu'au deuxième degré.

Et puis, prévoyant que peut-être une loi nouvelle pourrait survenir qui prohiberait la substitution, que la loi en vigueur à l'époque de la confection de son testament autorisait, il a déclaré que, pour ce cas, il entendait que sa disposition devrait être considérée comme un legs pur et simple au profit de Primus, auquel sa volonté était, dans tous les cas, de transmettre, même sans aucune charge, la totalité de ses biens.

Le cas se réalise, en effet; une loi nouvelle, la loi du 7 mai 1849 abroge la loi du 27 mai 1826 (*supra*, n° 66); et à l'époque où cette loi paraissait, notre testateur avait quatre-vingt-six ans et onze mois!

Il meurt ensuite peu de temps après la promulgation de la loi nouvelle, sans avoir modifié son testament, conformément à cette loi, qu'il n'avait pas même connue!

Et on voudrait annuler une disposition pareille, si honnête et si sincère, comme nous la supposons!

Cela nous paraît impossible!

Et même, dans une matière comme celle-ci, où nous

avons vu, tour à tour, tant de régimes nouveaux venir défaire ce que les régimes précédents avaient fait, et défendre ce qu'ils avaient permis, nous croyons que ce serait une précaution toujours bonne à prendre, lorsqu'on fait une substitution, sous une loi qui l'autorise, et qu'on a néanmoins, à tout événement, la volonté de faire la disposition soit au profit du grevé, soit au profit de l'appelé, lors même que la substitution serait impossible, de déclarer cette volonté et que l'on entend que, si une loi nouvelle venait déclarer la substitution nulle, la disposition vaudrait alors soit comme libéralité pure et simple au profit du grevé, soit comme libéralité directe au profit de l'appelé.

190. — C'est à l'héritier légitime qu'appartient, en général, le droit de demander la nullité de la disposition tout entière contre le grevé et contre l'appelé (*voy.* toutefois *supra*, n° 175).

Et il n'est pas douteux que ce droit lui appartient, non pas seulement contre un légataire à titre particulier ou contre un légataire à titre universel grevé de substitution, mais aussi contre un légataire universel, lorsque le legs universel lui-même est grevé, comme tel, de substitution.

Par exemple, je lègue à Primus l'universalité de mes biens; et je le charge de la conserver et de la rendre, après sa mort, à Secundus.

Il n'est pas douteux, disons-nous, que c'est à l'héritier légitime qu'appartient le droit de demander la nullité de cette substitution (art. 896).

191. — Mais en est-il ainsi dans le cas où un legs à titre particulier, grevé de substitution, a été mis à la charge d'un legs universel qui n'est lui-même, comme legs universel, grevé d'aucune substitution?

Cette question peut s'élever dans deux hypothèses :

I. Je lègue à Primus l'universalité de mes biens; je lègue à Secundus ma maison, et je le charge de la conserver et de la rendre, après sa mort, à Tertius.

II. Je lègue à Primus l'universalité de mes biens; et je le charge de conserver ma maison et de la rendre, après sa mort, à Secundus.

Ces deux hypothèses ont ceci de commun, que, ni dans l'une ni dans l'autre, la substitution ne porte sur l'universalité elle-même, qui est léguée à Primus; mais chacune d'elles a ceci de particulier, que, dans la première, la substitution, qui affecte un objet certain et détaché de cette universalité, est mise à la charge d'un légataire particulier de cet objet; tandis que, dans la seconde, elle est mise à la charge du légataire universel.

Il s'agit de savoir si c'est à l'héritier légitime, ou, au contraire, au légataire universel, qu'appartient alors le droit de demander la nullité de la substitution, et par conséquent le droit de profiter de cette nullité.

Nous supposerons, pour écarter toute difficulté étrangère à notre sujet, que le légataire universel se trouve en présence d'un héritier ab intestat non réservataire (art. 1004).

Trois opinions se sont produites :

A. La première enseigne que le droit de demander la nullité appartient, dans les deux cas, à l'héritier légitime, et que l'objet du legs particulier qui est entaché de substitution, doit, en conséquence, être retranché du legs universel pour tomber dans la succession ab intestat (comp. Proudhon, *Consultation* rapportée par Dev., 1837, I, 818, note 7; Demante, t, III, n° 10 *bis*, VI).

B. D'après la seconde opinion, il faut distinguer : le droit de demander la nullité appartient au légataire

universel dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque c'est un légataire particulier qui est grevé de substitution au profit d'un autre légataire particulier; mais au contraire, dans le second cas, c'est-à-dire lorsque c'est le légataire universel lui-même qui est grevé de substitution au profit d'un légataire particulier, le droit de demander la nullité appartient à l'héritier légitime, qui doit alors obtenir, à l'exclusion du légataire universel, le bien qui fait l'objet de la substitution (comp. Dalloz, *Rec. périodique,* 1852, I, 203, notes 3 et 4; on a cité, en ce sens, un arrêt de la Cour de cassation, qui ne nous paraît prêter nul appui d'ailleurs à cette doctrine; 24 mai 1837, Albe, Dev., 1837, I, 817; *voy.* aussi Poitiers, 15 mai 1855, Bricault-Verneuil, Dev., 1855, II, 359; cette distinction avait été explicitement consacrée par un jugement du tribunal civil de Falaise, du 23 juin 1858, de Révérony, que la Cour de Caen a réformé *infra;* Poujol, art. 896, n° 33; Saintespès-Lescot, t. I, n° 62).

C. Enfin, la troisième opinion, qui nous paraît la seule juridique, décide que, dans les deux cas, sans distinction, c'est au légataire universel qu'appartient le droit de demander la nullité :

1° C'est, comme nous le verrons, un principe de droit et de raison très-certain, que le légataire universel, profitant seul, à l'exclusion des héritiers légitimes, de la caducité et de la nullité des dispositions à titre particulier, a seul aussi, à l'exclusion des héritiers légitimes, le droit de proposer cette caducité et cette nullité; et ce principe est applicable, quelles que soient d'ailleurs les causes par suite desquelles une disposition particulière ne puisse pas être exécutée, que cette cause provienne de la renonciation ou de l'incapacité du légataire, ou d'une nullité quelconque, fondée sur un intérêt privé ou sur un intérêt public.

(art. 1003; comp. Cass., 23 nov. 1843, Oulters, Dev., 1843, I, 859; Cass., 17 mai 1852, de Pons, Dev., 1852, I, 289; Cass., 3 mars 1857, de Sauvan, Dev., 1857, I, 182; Merlin, *Rép.*, v° *Instit. d'hérit.*, sect. II, n° 3, et sect. VII, n° 7);

Or, le legs particulier, qui se trouve entaché de substitution, est nul;

Donc, cette nullité, qui ne peut profiter qu'au légataire universel, ne peut être demandée que par lui; puisque ayant seul intérêt, il a seul, par cela même, qualité pour agir.

2° On soutient toutefois qu'il faut faire à ce principe une exception, en ce qui concerne les substitutions; et cette exception singulière et unique, on la déduit de la disposition finale de l'article 896, qui, dit-on, prononce la nullité *même à l'égard de l'héritier institué*, c'est-à-dire du légataire universel.

Mais il nous paraît facile de prouver qu'une telle doctrine méconnaît tout à la fois soit l'article 896 lui-même, et les véritables principes en matière de substitution, soit l'article 1003 et les véritables principes en matière de legs universel.

Quand l'article 896 frappe de la même nullité la disposition faite au profit de *l'héritier institué* et la disposition faite au profit *du tiers*, auquel *l'héritier institué* est chargé de conserver et de rendre, il suppose que c'est *l'hérédité elle-même*, l'universalité du patrimoine, que l'héritier institué en premier ordre doit rendre à ce tiers, *héritier institué* lui-même en second ordre; c'est-à-dire qu'il suppose que c'est le legs universel lui-même, qui est l'objet de la substitution; et alors, on conçoit très-bien la commune et indivisible nullité, qui atteint l'institution et la substitution; c'est qu'elles ne forment qu'une seule et unique disposition, ayant même objet et même carac-

tère; c'est qu'en un mot, alors, le titre des deux gratifiés est, en effet, commun et leur vocation indivisible.

Or, il est manifeste que le texte de l'article 896 ni son motif essentiel ne sont plus applicables, lorsque le testament renferme d'abord un legs universel principal, pur et simple, et exempt, dans l'universalité, à laquelle il s'applique, de toute charge de substitution; et ensuite un legs particulier qui se trouve seul entaché de substitution. Il n'y a pas alors une seule disposition indivisible; il y a, au contraire, deux dispositions très-différentes par leur objet et par leur caractère : l'une, portant sur l'universalité; l'autre, portant sur un objet particulier; et dès lors les titres des deux gratifiés étant tout à fait distincts, il n'y a aucun motif pour que la nullité qui atteint le titre particulier, atteigne également le titre universel !

Et où donc iraient, et à qui, les biens qui font l'objet du legs particulier grevé de substitution?

A la succession ab intestat, et aux héritiers légitimes !

Mais il n'y a plus, en face de ce legs universel, ni succession ab intestat ni héritiers légitimes ! Et c'est ici qu'apparaît à son tour, la violation, par la doctrine que nous combattons, de l'article 1003 et des principes en matière de legs universel.

En effet, aux termes de l'article 1003, le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens, qu'il laissera à son décès;

Or, l'universalité comprend tous les biens sans exception, et notamment tous les biens, dont le testateur n'a pas valablement disposé à titre particulier, et qui, si le legs universel n'existait pas, appartiendraient à la succession ab intestat;

Donc, le legs universel, qui est pur et simple lui-

même et exempt, dans son universalité, de toute charge de substitution, comprend nécessairement tous les biens sans exception, que le testateur a laissés, et notamment les biens qui font l'objet des legs particuliers grevés de substitution.

Nous supposons, bien entendu, un legs universel sincère et sérieux; sans doute, on peut demander à prouver que l'institution universelle n'est pas sérieuse; qu'elle cache, par exemple, une interposition de personne, ou qu'elle ne constitue qu'une clause pénale; et alors, nous pensons nous-même qu'elle ne fera pas obstacle à ce que l'héritier ab intestat demande la nullité (*supra*, n° 187).

Mais telle n'est pas notre hypothèse; il s'agit ici d'une institution universelle *reconnue sérieuse et valable;* et c'est de celle-là, que nous soutenons qu'elle doit, comme a dit la Cour suprême, conserver *sa vertu légale, même dans ce cas* (3 mars 1857, de Sauvan, Dev., 1857, I, 182).

Dès là, en effet, que le legs universel est sérieux et valable, n'est-ce pas, en réalité, comme si le testateur, expliquant lui-même sa volonté, avait déclaré que son légataire universel aurait tous les droits qu'aurait eus son héritier légitime, et que si la substitution qu'il a faite relativement à un objet particulier, était nulle, cette nullité profiterait à son légataire universel, à l'exclusion de son héritier; or, nous avons reconnu que ces sortes de déclarations sont valables, lorsqu'elles sont loyales et sérieuses *supra*, n° 188).

Et ceci prouve qu'il n'y a aucune distinction à faire entre les deux cas que nous avons prévus, et qu'il n'importe nullement que la charge de conserver et de rendre un objet déterminé ait été imposée, par une disposition particulière, au légataire universel lui-

même ou à un légataire particulier de cet objet. Est-ce que, dans les deux cas, en effet, le legs universel ne comprend pas l'universalité? et s'il comprend l'universalité, est-ce qu'il ne comprend pas tous les biens, dont il n'a pas été valablement disposé à titre particulier? cela nous paraît d'évidence. Aussi, l'arrêt précité de la Cour de cassation du 24 mai 1837 ne fait-il pas cette distinction; et il serait même d'autant plus inexact de vouloir l'y introduire, que dans l'espèce sur laquelle il a statué, le légataire universel, le sieur de Pierrefeu, jouait lui-même, dans la substitution, le rôle de dernier substitué!

Ajoutons enfin que la doctrine contraire, en méconnaissant le principe essentiel du legs universel, se trouverait engagée dans des embarras inextricables. Comment, par exemple, les dettes seraient-elles payées ensuite? Serait-ce par le légataire universel tout seul, après que vous lui auriez enlevé certains biens au profit des héritiers légitimes? Ou les héritiers légitimes contribueraient-ils aux dettes avec lui? Et alors, dans quelle proportion? On peut voir que l'arrêt de la Cour de Poitiers n'est sorti de cette espèce d'impasse qu'en transformant, à vrai dire, le legs universel en une sorte de legs à titre universel (15 mai 1855, Bricault, Dev., 1855, II, 359).

Mais nous nous plaçons en face d'un legs universel sérieux, et qui est déclaré valable comme tel; or, dès qu'il y a un légataire universel dont le titre est déclaré valable, nous ne saurions admettre que le droit de demander la nullité d'une disposition à titre particulier, quelle que soit la cause de cette nullité, substitution ou autre, puisse appartenir à l'héritier ab intestat. C'est ce qu'a décidé, très-justement, suivant nous, la Cour de Caen, en réformant le jugement précité du tribunal de Falaise (Caen, le 21 juill. 1860, de

Révérony, Rec. des arrêts de Caen, 1861, p. 445; comp. aussi Cass., 17 août 1852, Hanaire, Dev., 1852, I, 263).

Telle est également la doctrine enseignée par M. Bayle-Mouillard (sur Grenier, t. I, p. 181, 182, note *b*, et p. 249-252, note *c*).

191 *bis*.— Depuis que nous avons écrit ce qui précède dans notre première édition, l'arrêt de la Cour de Caen a été cassé (6 janv. 1863, Labbey de Punnelay, *J. du P.* 1863, p. 225; D., 1863, I, 13; Dev., 1863, I, 233).

Et la Cour de Rouen, devant laquelle la cause avait été renvoyée, a adopté la doctrine de la Cour suprême (15 juillet 1863).

Que ce soit là un échec considérable pour la thèse, que nous avons soutenue, nous ne le nierons pas; et c'est précisément parce que nous le regardons comme tel, que nous ne voudrions pas le voir présenter avec plus de gravité encore qu'il n'en a; nous remarquerons donc que c'est par erreur que les Recueils judiciaires (précités) annoncent que l'arrêt de la Cour de cassation aurait été rendu conformément aux conclusions de M. le premier avocat général de Marnas; il est, au contraire, certain que l'éminent magistrat a défendu, devant la Cour de cassation, la doctrine consacrée par l'arrêt de la Cour de Caen et qu'il a conclu au rejet du pourvoi.

Pour notre part, malgré l'imposante autorité de l'arrêt de cassation, il nous serait bien difficile de nous rallier à la théorie absolue, qu'il consacre!

La Cour suprême remarque « que, pour étendre « ainsi la nullité qu'elle prononce, la loi a eu deux « motifs; qu'à l'impossibilité de diviser les deux dis- « positions corrélatives, dont se compose la substitu- « tion sans courir le risque d'intervertir la volonté du « testateur, se joignait la nécessité de donner une

« sanction énergique à la prohibition portée en tête de « l'article 896. »

Or, précisément, il nous semble que ni l'un ni l'autre de ces motifs n'existe dans l'espèce où nous nous trouvons.

D'abord, que l'on n'ait pas à craindre d'intervertir la volonté du testateur, en laissant subsister le legs universel, malgré la nullité de la substitution, qui n'affectait qu'un objet particulier, cela est d'évidence, puisqu'il est constaté, en fait, que telle est la volonté du testateur lui-même !

Et, quant au second motif, nous ne comprenons pas bien nettement qu'il puisse être invoqué non plus.

Voilà un testateur qui déclare que si la substitution, qu'il a faite, ne peut pas être valable, il entend que l'institution soit pure et simple; et nous supposons qu'il est reconnu que cette déclaration est sincère.

Et c'est en présence d'une disposition pareille que l'on décide que la nullité de l'institution elle-même doit être la sanction indispensable *de la substitution.*

Mais comment donc, puisqu'il n'y a plus alors de *substitution !*

La volonté du testateur est, dit-on, *impuissante contre celle de la loi.*

Oh! certainement oui, lorsque le testateur veut s'élever, en effet, au-dessus de la loi, et entreprend de faire valoir ce qu'elle annulle.

Mais notre testateur n'a fait rien de pareil; et tout au contraire, il a fait acte de soumission envers la loi, en déclarant que si la substitution est nulle, il y renonce, et qu'il se borne à faire l'institution pure et simple.

Eh bien, non! il ne l'aura pas pu; et cela, lors même que sa bonne foi et sa loyauté seraient, en fait, incontestables !

L'arrêt de la Cour de cassation va jusqu'à cette extrémité pourtant !

Or, ceci n'est-il pas excessif (*supra*, n°s 188, 189; comp. Cass., 25 mars 1863, Chagot, Dev., 1863, I, 169).

Ajoutons qu'il nous est toujours difficile de nous faire à cette idée d'un legs universel, *reconnu sincère et sérieux*, et qui néanmoins ne comprendra pas l'universalité des biens que le testateur laisse à son décès (art. 1003; comp. *infra*, n°s 688-690).

Tel est aussi le sentiment de notre savant collègue, M. Labbé, qui a défendu, avec une grande force de logique, la doctrine de l'arrêt de la Cour de Caen, dans des *observations* excellentes, que l'on trouvera au *Journal du Palais* (1863, *loc.*, *supra cit.*)

192. — Remarquons, en terminant, que la nullité, qui atteint la disposition entachée de substitution, ne s'oppose pas à ce que cette disposition produise d'ailleurs des effets qui seraient indépendants du vice de la substitution elle-même.

C'est ainsi que l'on a jugé qu'une disposition testamentaire, nulle comme substitution, n'en a pas moins l'effet de révoquer les testaments antérieurs, dont les dispositions étaient incompatibles avec le nouveau testament (arg. de l'article 1036; Poitiers, 6 mai 1847, Caldelar, Dev., 1847, II, 353).

§ II.

Des conditions impossibles ou qui sont contraires aux lois ou aux mœurs.

SOMMAIRE.

193. — Celui qui fait une donation entre-vifs ou un testament, est libre d'y apposer telles conditions qu'il juge convenables; et alors le sort de la libéralité est subordonné à l'accomplissement des conditions sous lesquelles elle a été faite. — Telle est la règle.

194. — Mais si la condition est impossible, ou contraire aux lois ou aux mœurs, elle est réputée non écrite; et la libéralité est considérée comme ayant été faite purement et simplement.
195. — Comment expliquer cette disposition de l'article 900? — Exposition de cette thèse en droit romain.
196. — Suite.
197. — De notre ancienne jurisprudence française.
198. — De la législation intermédiaire.
199. — Du Code Napoléon.
200. — Appréciation au point de vue philosophique et rationnel, de la disposition de l'article 900.
201. — Suite. — Des législations étrangères contemporaines.
202. — Suite.
203. — Suite. — Des conditions impossibles ou illicites dans les testaments.
204. — Des conditions impossibles ou illicites dans les donations entre-vifs.
205. — Des motifs, sur lesquels l'article 900 paraît être fondé, il faut déduire quatre conséquences importantes :
206. — 1° L'article 900 ne sera pas applicable, si la condition, qui a été mise à la libéralité, est telle qu'elle donne lieu de présumer que le disposant n'était pas sain d'esprit, et si, en effet, la preuve en résulte des autres circonstances du fait.
207. — 2° Il ne sera pas applicable, s'il résulte de la disposition que le disposant a entendu subordonner l'existence de sa libéralité à la condition qu'il y a mise.
208. — Suite.
209. — Suite. — Il est même certaines conditions dont l'impossibilité pourrait offrir un tel caractère, qu'elles témoigneraient, par elles-mêmes, que le disposant n'a pas eu l'intention véritable et sérieuse de faire une libéralité.
210. — Suite. — Exemple tiré de la *perplexité* de la disposition.
211. — L'intention du disposant de subordonner l'existence de sa libéralité à la condition impossible ou illicite qu'il y a mise, résulterait-elle de cela seul qu'il aurait cru que cette condition était licite ou possible?
212. — 3° L'article 900 ne serait pas applicable, si l'acte, qui a été fait, n'était, sous l'apparence et la forme d'une libéralité, qu'une convention à titre onéreux.
213. — Suite. — Le droit romain annulait les institutions ou les legs dits *captatoires*. Que faut-il décider à cet égard aujourd'hui?
214. — Delvincourt enseigne que la condition illicite ne doit être réputée non écrite dans une donation entre-vifs qu'autant que le donataire ne l'accomplit pas. — Réfutation.
214 *bis*. — L'article 900 est applicable à toutes les donations, par conséquent aussi aux constitutions de dot.

215. — Mais serait-il applicable, si la donation était déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux?

216. — 4° Il se pourrait que l'article 900 ne fût pas applicable, si l'impossibilité de la condition ayant été ignorée du disposant, et connue, au contraire, du gratifié, il résultait aussi des autres circonstances que la libéralité est le fruit du dol et de la fraude.

217. — L'article 900 est-il applicable au cas où le disposant a grevé son héritier légitime, ou bien un donataire entre-vifs ou un légataire, d'une libéralité au profit d'un tiers, pour le cas où l'héritier, le donataire ou le légataire, n'accomplirait pas une condition impossible ou illicite qu'il lui a imposée?

218. — Le mot *condition*, dans l'article 900, ne doit pas seulement s'entendre des conditions casuelles, qui consistent dans un événement indépendant du fait des parties; il comprend aussi celles qui consistent dans un fait dont l'accomplissement ou l'abstention est imposé au donataire ou au légataire.

219. — Observation générale. — Il faut examiner successivement : A. Dans quels cas une condition doit être considérée comme impossible; — B. Dans quels cas une condition doit être considérée comme illicite.

220. — A. Des conditions impossibles naturellement. — On distingue, sous ce rapport, quatre espèces d'impossibilités. — Énumération.

221. — 1° De l'impossibilité de nature.

222. — 2° De l'impossibilité de fait. — La condition doit-elle être toujours, dans ce cas, réputée non écrite?

223. — 3° De l'impossibilité absolue et de l'impossibilité relative. — La condition qui n'est impossible que relativement, doit-elle être réputée non écrite?

224. — 4° De l'impossibilité perpétuelle et de l'impossibilité temporaire. — La condition impossible temporairement doit-elle être réputée non écrite?

225. — *Quid*, si la condition comprenait deux événements ou deux faits, dont l'un serait possible et l'autre impossible?

226. — *Quid*, si une libéralité a été faite sous plusieurs conditions alternatives, dont les unes seraient possibles et les autres impossibles?

227. — Il faut assimiler aux conditions impossibles, les conditions fausses, c'est-à-dire celles qui sont possibles naturellement, mais qui se trouvent accidentellement impossibles par suite d'un fait faux ou inexact qui s'y rencontre. — Exemple.

228. — Que faudrait-il décider si la condition, qui était possible à l'époque de la confection du testament, est devenue impossible seulement depuis, soit avant la mort du testateur, soit après sa mort?

229. — Suite.

230. — *Quid*, si la condition, qui était d'abord impossible, est ensuite devenue possible?

231. — Les principes relatifs aux conditions dont l'impossibilité n'est que partielle; — aux conditions alternatives, dont l'une seulement est impossible; — et à l'époque à laquelle il faut apprécier l'impossibilité de la condition, s'appliquent aussi aux conditions illicites.

232. — B. Des conditions contraires aux lois ou aux mœurs. — Exposition.

233. — Suite.

233 *bis*. — Suite.

234. — Suite.

235. — Les décisions judiciaires, qui sont rendues sur la question de savoir si une condition est licite ou illicite, ne doivent-elles être considérées que comme des décisions en point de fait, qui ne sauraient donner ouverture à la cassation?

236. — Caractère général des conditions illicites.

237. — De la condition de ne pas exercer les droits civiques ou politiques.

238. — De la condition qui tendrait à empêcher le gratifié d'exercer ses droits et de remplir ses devoirs de famille.

238 *bis*. — Suite.

239. — Les conditions relatives à la faculté de se marier sont au premier rang de celles que l'on rencontre le plus souvent. — Exposition.

240. — De la condition de ne pas se marier.

241. — Suite. — Du cas où la libéralité ne renfermerait pas, en effet, la condition de ne pas se marier, et n'aurait pas pour but de détourner du mariage.

241 *bis*. — Suite.

242. — De la condition imposée au donataire ou au légataire de ne pas établir par mariage une personne placée sous sa puissance.

243. — De la condition de ne pas se marier avant un certain temps.

244. — De la condition de ne point se marier sans le consentement d'un tiers.

245. — Suite.

246. — Suite.

247. — Suite.

248. — De la condition de ne point se marier avec une certaine personne, ou même avec une certaine classe de personnes désignées.

249. — Suite.

250. — De la condition de ne pas se remarier ou de garder viduité.

250 *bis*. — *Quid*, si le donataire ou le légataire, auquel cette condition aurait été imposée, vivait dans un état de concubinage?

251. — De la condition absolue de se marier.

252. — De la condition de se marier avec une certaine personne désignée.

253. — Suite. — *Quid*, si le mariage était prohibé entre le donataire ou le légataire et la personne désignée?
254. — Suite.
255. — Suite. — *Quid*, si la personne désignée était indigne, si elle était de mœurs déshonnêtes, etc.?
256. — De la condition de se marier avec une personne appartenant à une certaine classe.
257. — Suite.
258. — Suite.
259. — De la condition de se faire prêtre.
260. — De la condition de ne pas se faire prêtre.
261. — De la condition de changer de religion ou de n'en pas changer.
262. — De la condition imposée à des parents d'élever leurs enfants dans telle ou telle religion.
263. — De la condition de prendre un état.
264. — De la condition de prendre un état certain et désigné par le disposant.
265. — Suite.
266. — Suite.
267. — De la condition de ne pas prendre un certain état désigné par le disposant.
268. — De la condition de n'embrasser aucun état.
269. — De la condition imposée au donataire ou au légataire de se conduire honnêtement.
270. — De la condition de demeurer dans un certain lieu ou avec certaines personnes déterminées.
271. — Suite.
272. — Suite.
273. — De la condition de ne pas demeurer avec une certaine personne désignée.
274. — De la condition imposée au donataire ou au légataire, soit de changer de nom, soit d'ajouter un nom à celui qu'il porte.
275. — De la condition d'obtenir des lettres de noblesse, ou même un titre déterminé.
276. — De la condition imposée au gratifié de renoncer à une succession qui lui serait échue.
277. — La condition de renoncer à une succession, *lorsqu'elle s'ouvrira*, serait-elle licite?
278. — *Quid*, si le disposant, en faisant un legs à son héritier ou à un tiers, lui a imposé la condition de ne pas attaquer soit son testament, soit tout autre acte antérieur qu'il aurait fait, et a ajouté que son légataire sera privé du bénéfice du legs, s'il manque à cette condition?
279. — Suite. — Du cas où un ascendant, faisant entre ses enfants le partage testamentaire de ses biens, a déclaré réduire à sa réserve

celui de ses enfants qui attaquerait le partage, en léguant aux autres la quotité disponible par préciput.

280. — Suite.

281. — Du cas où l'ascendant a laissé la quotité disponible à son enfant, sous la condition que sa réserve serait grevée de certaines charges, en léguant à un autre la quotité disponible pour le cas où son enfant ne voudrait pas accomplir ces charges.

282. — Suite.

283. — Du cas où le disposant aurait imposé à ses héritiers la condition de respecter une substitution prohibée. — Renvoi.

284. — Du cas où le disposant aurait imposé à ses héritiers la condition de respecter une libéralité faite par lui au profit d'une personne incapable de recevoir.

285. — Ou de respecter un acte testamentaire nul pour vice de formes.

286. — Malgré la condition, que le disposant aurait imposée à ses héritiers de ne point attaquer un acte, et la clause pénale, qu'il aurait établie contre eux, en cas de contravention, ses héritiers sont toujours recevables à introduire une action en nullité contre cet acte. — Mais doivent-ils toujours encourir, par cela même, la clause pénale?

287. — Suite.

288. — Suite.

289. — Les solutions, qui précèdent, ne sauraient être les mêmes, quand la condition, au lieu de se trouver dans un testament, se trouve dans une donation entre-vifs. — Motif.

290. — De la condition imposée au donataire ou au légataire de ne pas aliéner la chose, qui fait l'objet de la donation ou du legs. — Du cas où elle constituerait une substitution. — Renvoi.

291. — *Quid*, de la condition de ne pas aliéner, dans le cas où elle ne forme pas une substitution?

292. — Suite.

293. — Suite. — Du cas où la défense absolue d'aliéner, serait sanctionnée par une clause pénale.

294. — La condition de ne pas aliéner, temporaire et relative, pourrait être considérée comme licite, si elle avait pour but de garantir, soit l'intérêt du disposant, soit l'intérêt d'un tiers, soit même l'intérêt du donataire ou du légataire.

295. — A. Du cas où le disposant a imposé la condition de ne pas aliéner, dans le but de garantir un droit qu'il se serait réservé à lui-même sur la chose donnée.

296. — Suite.

297. — Suite.

298. — Suite. — Quelle serait, dans ce cas, l'étendue de la défense d'aliéner?

299. — Suite. — Comprendrait-elle la défense de disposer par testament?

300. — Le désir que le donateur pourrait éprouver de ne pas voir, de son vivant, le bien par lui donné, passer dans d'autres mains que celles du donataire, suffirait-il pour légitimer la condition de ne pas aliéner, tant qu'il vivrait, lorsque d'ailleurs il ne se serait réservé aucun droit sur ce bien?

301. — De la condition de ne pas aliéner imposée par le testateur à un légataire.

302. — B. Du cas où le disposant a imposé la condition de ne pas aliéner, dans le but de garantir l'exercice d'un droit réservé par lui au profit d'un tiers.

303. — C. Du cas où le disposant a imposé la condition de ne pas aliéner, dans l'intérêt du donataire ou du légataire.

303 *bis*. — De la condition imposée au gratifié, dans le cas où il aliénerait, de proposer, de préférence, l'acquisition à certaines personnes désignées.

303 *ter*. — De la condition imposée, en sens inverse, au gratifié, de ne pas transmettre à certaines personnes désignées l'objet qu'il a reçu du disposant.

304. — Quel est l'effet, ou plutôt quelle est la sanction de cette défense d'aliéner, lorsqu'elle est licite?

305. — Suite.

306. — Suite.

307. — Du cas où la condition de ne pas aliéner est imposée au donataire, avec ce tempérament : *sans le consentement du donateur*.

308. — Du cas inverse, où la condition a été imposée au donataire de ne pas aliéner, *même avec le consentement* du donateur.

309. — Peut-on déclarer inaliénables les objets que l'on peut déclarer insaisissables dans une donation entre-vifs ou dans un testament?

310. — La condition d'insaisissabilité peut-elle être valablement imposée non-seulement à une donation entre-vifs ou à un legs de sommes ou d'objets mobiliers, mais encore à une donation ou à un legs d'immeubles?

311. — Suite.

312. — La clause d'une donation, par laquelle le donateur affranchit de l'exercice de toute hypothèque, et même de l'hypothèque judiciaire, que pourrait un jour obtenir le donataire, certains immeubles appartenant soit au donateur, soit aux tiers chargés d'exécuter la donation, n'a rien de contraire à la loi.

313. — Lorsque le mari, d'après les conventions matrimoniales, a l'administration et la jouissance des biens personnels de la femme, un tiers peut-il faire à la femme une libéralité sous la condition que le mari n'aura ni l'administration ni la jouissance du bien donné ou légué?

314. — Doit-on considérer comme licite, la condition insérée dans une libéralité faite à un enfant mineur, que le père de cet enfant

n'aura ni la jouissance ni même l'administration des biens donnés ou légués?
315. — *Quid*, de la condition par laquelle une personne, en léguant des biens à un enfant mineur, ordonne que ceux de ces biens dont la vente sera nécessaire pour l'acquit des dettes, seront vendus, sans formalités de justice, par la personne qu'il charge de ce soin?
316. — *Quid*, de la condition apposée à une libéralité faite par le tuteur à son ancien pupille de ne pas demander son compte de tutelle?
317. — La condition de ne pas faire inventaire ou la dispense d'inventaire est-elle valable, dans les différents cas où le donataire ou le légataire a soit la faculté, soit le devoir de remplir cette formalité?
318. — Faut-il considérer comme illicite la condition imposée par le testateur au légataire de jurer qu'il accomplira les charges du testament?
319. — Des conditions que les testateurs ordonnent quelquefois relativement à leurs funérailles.
320. — Observation générale. — Conclusion.

193. — Le principe général est que celui qui fait une libéralité, donation entre-vifs ou testament, est libre d'y apposer telles conditions qu'il juge convenables.

Il pourrait ne pas faire du tout la libéralité ; à plus forte raison peut-il, s'il veut bien la faire, la subordonner à des conditions.

Et alors, en effet, le sort de la libéralité se trouve subordonné à l'accomplissement des conditions sous lesquelles elle a été faite.

194. — La libéralité, disons-nous, est subordonnée à l'accomplissement des conditions sous lesquelles elle a été faite.

Mais cela suppose, bien entendu, que cet accomplissement est possible.

Qu'arrivera-t-il donc, si, au contraire, la condition qui a été mise à la libéralité, est impossible naturellement ou légalement ?

Voici la réponse dans l'article 900 :

« Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, « les conditions impossibles, celles qui seront con- « traires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non « écrites. »

Ainsi, le législateur, dans ce cas, efface la condition, il la supprime ; et le gratifié, donataire ou légataire, acquiert libéralité, comme si le disposant l'avait faite purement et simplement ; c'est en ce sens que l'on dit que la condition *vitiatur et non vitiat.*

195. — Comment expliquer cet article ? et sur quels motifs est fondée une telle dérogation au principe général ? (*Supra*, n° 193.)

La thèse, que nous soulevons ici, n'est pas nouvelle ; elle a été, au contraire, dès longtemps, fort agitée ; il ne sera pas sans intérêt d'en exposer rapidement l'origine et les phases diverses.

C'est, d'abord, chez les jurisconsultes romains que nous voyons s'élever cette question de savoir quel doit être le sort d'une libéralité à laquelle a été apposée une condition impossible physiquement ou moralement.

Il n'y eut toutefois, entre eux, aucune dissidence, relativement aux libéralités qui se forment par le consentement mutuel des parties et qui constituent une convention à titre gratuit ; ils s'accordaient à les traiter, sous ce rapport, de tous points, de la même manière que les conventions à titre onéreux ; c'est-à-dire qu'ils annulaient entièrement, ou plutôt ils considéraient comme n'ayant pas d'existence, *nullius momenti esse*, la donation faite soit entre-vifs, soit à cause de mort, sous une condition impossible ou illicite ; de même qu'ils annulaient ou plutôt qu'ils considéraient comme inexistante la vente, ou la société ou tout autre contrat à titre onéreux, qui avait été fait sous une sembable condition (comp. L. 31, ff. *De obligat. et act.*; L. 137,

§ 6, ff. *De verb. oblig.*; L. 3, ff. *De condit. et demonst.*; *Inst.* § 10, *De hæred. inst.*).

Notons seulement que la condition impossible n'annulait la convention à titre onéreux ou à titre gratuit, à laquelle elle était ajoutée, que lorsqu'elle était *affirmative*, et qu'elle consistait à faire, *in faciendo :.... si cœlum digito tetigeris!*

Mais il en était autrement de la condition négative, et qui consistait à ne pas faire, *in non faciendo :.... si cœlum digito non tetigeris.* Celle-ci n'empêchait pas la validité de la convention entre-vifs, onéreuse ou gratuite, qui était au contraire considérée immédiatement comme pure et simple. (L. 7, ff. *De verb. obligat.*)

Sur ce premier point, disons-nous, aucune controverse ne paraît s'être élevée en droit romain.

196. — Mais, au contraire, les deux écoles célèbres des jurisconsultes de Rome, *diversæ scholæ auctores*, furent divisées sur le point de savoir quel devait être l'effet de la condition impossible ou illicite insérée dans un testament.

Les Proculéiens soutenaient qu'il fallait y appliquer la même doctrine qu'aux conventions, et que l'institution d'héritier ou le legs, fait sous une telle condition, ne devait recevoir aucun effet, à moins, bien entendu, qu'il consistât seulement *in non faciendo.* (L. 50, § 1, ff. *De hæred. instit.*)

Tandis que les Sabiniens voulaient que la condition impossible ou illicite, lors même qu'elle consistait *in faciendo*, fût réputée non écrite, et que l'institution ou le legs purgé de cette condition, fût exécuté comme s'il avait été fait purement et simplement : *ac si ea conditio adjecta non esset* (Gaius, *Inst.*, Comm. III, § 98).

Ce fut ce dernier avis qui l'emporta.

« *Obtinuit impossibiles conditiones testamento adscrip-* « *tas pro nullis habendas.* » (L. 3, ff. *De condit. et demonstr.*; L. 1 et 14, ff., *De condit. instit.*; Inst. *De hæred instituen*, § 10.)

197. — La distinction romaine entre les donations entre-vifs et les testaments, quant à l'effet des conditions impossibles ou illicites qui peuvent s'y rencontrer, passa dans notre ancienne jurisprudence française.

Et elle était observée, non pas seulement dans les provinces de droit écrit où le droit romain avait force de loi, mais aussi dans les provinces coutumières (comp. Ricard, *des Disposit condit.*, traité II, chap. v, sect. II, nos 223-227; Duparc-Poullain, *Princip. du Droit*, t. VII, p. 82, n° 44; Pothier, *Introd. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 64).

198. — Notre législation intermédiaire s'occupa aussi de ce sujet.

Voici en quels termes s'exprima la loi des 5, 12 septembre 1791, relativement *aux clauses impératives ou prohibitives insérées dans les testaments, donations et autres actes :*

« Toute clause impérative ou prohibitive, qui serait contraire aux lois et aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la liberté religieuse *du donataire*, *héritier ou légataire*, qui gênerait la liberté qu'il a, soit de se marier même avec une telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou qui tendrait à le détourner de remplir les devoirs imposés et d'exercer les fonctions déférées par la Constitution aux citoyens actifs et éligibles, est réputée non écrite. »

La même disposition fut reproduite par l'article 1 de la loi du 5 brumaire an II, et par l'article 12 de la loi du 17 nivôse an II;

Reproduite, disons-nous, et même aggravée sous ce double rapport :

D'une part, que ces dernières lois mettaient au nombre des conditions illicites celle de *ne point se remarier*, dont la loi de 1791 n'avait point parlé ;

Et d'autre part, qu'elles réputaient non écrites toutes les clauses de ce genre, *dans les actes passés même avant la loi du 5 septembre* 1791.

Cet effet rétroactif fut toutefois rapporté et abrogé par la loi du 9 fructidor an III.

Mais ce qu'il faut surtout remarquer ici, c'est l'innovation considérable par suite de laquelle ces lois intermédiaires, assimilant pour la première fois, en cette matière, la donation entre-vifs et le testament, réputent également non écrites, dans l'une comme dans l'autre, les conditions contraires aux lois ou aux mœurs. Nous venons de voir, en effet, qu'elles traitent, à cet égard, de même *le donataire*, *l'héritier institué et le légataire*.

La voilà donc abrogée, en partie du moins, cette distinction, que le droit romain avait faite et que notre ancien droit français avait adoptée entre les deux modes de disposition.

Nous disons que l'abrogation n'est toutefois encore que partielle; et, en effet, ces lois intermediaires ne s'occupent que des conditions impossibles légalement; et ce n'est dès lors qu'à l'égard de ces sortes de conditions qu'elles abrogent les dispositions contraires de la loi antérieure.

Quant aux conditions impossibles naturellement, la législation intermédiaire, ne s'en occupant pas, n'a abrogé ni expressément, ni tacitement, les dispositions de la loi antérieure; et la distinction que l'on avait toujours faite jusque-là entre les donations entre-vifs et les testaments, est encore demeurée en vigueur, même sous la législation intermédiaire, en ce qui concerne les conditions impossibles naturellement.

Pourquoi le législateur intermédiaire ne s'est occupé que des conditions impossibles légalement? il est facile de s'en rendre compte. C'est qu'il était inspiré uniquement par des considérations politiques; il ne s'agissait pas, pour lui, d'appliquer à un point de droit civil ou privé, la solution la meilleure, la plus conforme à la volonté des disposants; ce qu'il se proposait, au contraire, c'était de briser les volontés hostiles et rebelles au nouvel ordre social qui se fondait en France.

La motion d'ordre, sur laquelle fut rendue la loi du 5 septembre 1791, est, à cet égard, très-explicite :

« C'est le moyen, disait-on, d'arrêter les effets malheureux de l'intolérance civile et religieuse; c'est le besoin de poser de justes bornes aux préjugés et au despotisme de quelques citoyens, qui, ne pouvant se plier aux principes de l'égalité politique et de la tolérance religieuse, proscrivent d'avance, par des actes protégés par la loi, l'exercice des fonctions publiques, l'union de leurs enfants avec des femmes, qu'ils appellent roturières, ou avec des personnes qui exercent un autre culte religieux, ou qui ont une autre opinion politique...; c'est ainsi qu'ils écrivent la défense ou la condition de se marier à telle ou telle personne, à une femme de telle ou telle classe, de telle ou telle religion, etc. »

Ces motifs politiques, qui expliquent pourquoi le législateur de cette époque ne s'occupa que des conditions impossibles légalement, expliquent en même temps pourquoi il déclarait, sans aucune distinction, légalement impossibles les diverses clauses ou conditions qu'il mentionne; et nous verrons, en effet, bientôt que ces lois transitoires sont, à les considérer au point de vue normal d'une société bien assise, véritablement exorbitantes! (*Infra*, n° 234.)

Quant à présent, ce que nous constatons, c'est qu'en entamant d'une façon déjà très-grave sans doute, l'ancienne distinction que l'on avait toujours faite entre la donation entre-vifs et le testament, elles ne l'avaient pas néanmoins complétement abrogée.

199. — Cette abrogation complète est donc l'œuvre des rédacteurs du Code Napoléon, qui, dans l'article 900, assimilent, en effet, de tout point, les donations entre-vifs et les testaments, soit quant aux conditions impossibles physiquement, soit quant aux conditions contraires aux lois ou aux mœurs.

Voilà l'origine, et, en quelque sorte, la filiation historique de cette thèse législative.

Maintenant quelle en est la valeur, au point de vue rationnel et philosophique? et par quels motifs notre article 900 peut-il être expliqué?

Cette seconde partie de notre examen n'est pas la moins délicate, ni la moins importante; car la manière d'expliquer l'article 900 est de nature à exercer beaucoup d'influence sur la manière de l'appliquer; et il sera susceptible d'une interprétation plus ou moins étendue, suivant les motifs différents, d'après lesquels on pensera que le législateur s'est déterminé à l'édicter.

200. — Des jurisconsultes éminents se sont, à toutes les époques, élevés contre la théorie qui distingue, sous ce rapport, les actes à titre gratuit d'avec les actes à titre onéreux.

Et l'on peut, en effet, présenter contre cette théorie des objections d'une grande gravité :

1° Un acte, quel qu'il soit, ne saurait être séparé des éléments mêmes qui le constituent; et il ne se peut pas qu'un acte soit valable, quand les parties constitutives de cet acte sont nulles !

Or, la condition est l'un des éléments constitutifs

de l'acte, quel qu'il soit, auquel elle est attachée; la condition, c'est précisément *id quod condit!* la condition, mais c'est l'acte lui-même, tel quel!

Donc, on ne saurait séparer l'acte de la condition qui y est inhérente, sans le changer complétement; donc, il y a là nécessairement un tout indivisible.

2°. Voilà bien ce qui a été, de tout temps, reconnu en ce qui concerne les contrats à titre onéreux, et ce que décide, en effet, l'article 1172 du Code Napoléon relativement à ces contrats.

Voilà bien aussi ce que les Romains décidaient en ce qui concerne les donations (*supra*, n° 195).

Il est vrai qu'ils s'étaient écartés de ce principe, en ce qui concerne les testaments; et encore ne fut-ce qu'après beaucoup de disputes, *post multas controversias*, dit Cujas (ff. *De condit. instit.*); mais cet écart ne peut s'expliquer que par la faveur extrême, dont les volontés testamentaires étaient entourées à Rome. Aussi, Gaius lui-même confessait-il qu'il n'y avait pas une raison sérieuse de cette différence : *Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest* (Comm. III, § 98 [1]).

On dit, d'une part, que le testateur, en présence de la mort, ne peut pas être présumé avoir voulu faire un badinage; et que, s'il a inséré dans son testament une condition impossible, naturellement ou légalement, c'est une erreur, sans doute, *mendum*, qu'il a commise, et dont il ne pouvait être averti par personne, puisqu'il dispose seul (c'est la raison qu'en a donnée M. Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs*);

Et, d'autre part, que le légataire, qui n'a pas con-

1. Une autre leçon porte toutefois : « *Et sane non inidonea diversitatis ratio reddi potest.* »

couru à cet acte, auquel il est étranger, ne doit pas être victime de cette erreur (*voy.* Vinnius, Inst., *De hæred. instit.*, § 10).

Raisons peu décisives assurément même pour les testaments, et qui ne sont, ni l'une ni l'autre, applicables à la donation entre-vifs !

3° Est-ce que d'ailleurs les difficultés d'interprétation que cette théorie soulève, et les dissidences qu'elle n'a pas cessé d'entretenir parmi les jurisconsultes, ne témoignent pas tout au moins de l'incertitude et de l'imperfection, dont on est en droit de l'accuser ?

4° Ne forme-t-elle pas enfin un contraste et une sorte d'inconséquence dans une législation comme la nôtre, qui se montre beaucoup moins favorable que la législation romaine, aux libéralités entre-vifs ou testamentaires ? (*supra*, n° 7). Et quand on voit le législateur frapper de nullité si sévèrement parfois la donation entre-vifs et le testament (comp. art. 943 et suiv., 1001), n'est-on pas fondé à s'étonner qu'il maintienne des libéralités, que le disposant a lui-même subordonnées à des conditions illicites ou immorales ! et que, pour arriver à un tel résultat, il scinde et mutile la disposition elle-même !

Après tout, de deux choses l'une :

S'agit-il d'une condition impossible physiquement ?

Si le disposant a connu cette impossibilité, c'est qu'il n'était pas sain d'esprit !

S'il l'a ignorée, nul ne peut affirmer qu'il aurait maintenu sa disposition, s'il avait su que la condition ne serait pas remplie.

Et quant aux conditions impossibles légalement, où donc serait le mal à ce que la loi, en brisant tout entière une disposition où les lois et les mœurs sont outragées, enseignât plus énergiquement ainsi la né-

cessité du respect qui leur est dû (comp. Grotius, *Introduct. ad jurisprud. hollandia*, t. II, p. 18, n° 32; Merlin, *Repert.*, t. XVI, v° *Condition*, sect. II, § 4; Delvincourt, t. II, p. 60, note 3; Toullier. t. III, n° 246; Duranton, t. VIII, n° 104; Taulier, t. IV, p. 325; Coin-Delisle, art. 900, n° 4; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 684 et suiv., note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 1 et 2).

201. — Il faut bien que ces objections-là soient sérieuses, et que la thèse elle-même soit, en effet, fort difficile, pour que les législations contemporaines nous offrent encore aujourd'hui, sur ce point, le spectacle de tant de diversités.

Il est vrai que le Code du canton de Vaud et le Code des Deux-Siciles ont consacré la même doctrine que notre Code Napoléon, dans son article 900.

Mais le Code sarde s'est, au contraire, référé à la distinction romaine entre les donations entre-vifs et les testaments; il annule les donations entre-vifs faites sous des conditions impossibles ou contraires aux lois, tandis qu'il maintient les legs faits sous de telles conditions, qu'il répute alors non écrites (liv. III, tit. v, art. 1140; *voy.* le Code civil du royaume de Sardaigne, avec une Introduction de M. Portalis, t. II, p. 304).

Le Code prussien a été plus loin; il déclare nulle, sans aucune distinction, toute libéralité, soit entre-vifs, soit par testament, lorsqu'elle a été faite sous une condition impossible physiquement ou légalement : « Le testateur, y est-il dit, en imposant aux légataires de pareilles conditions, est censé avoir déclaré bien formellement que son intention n'est pas plus de les avoir pour héritiers, qu'il n'est dans leur pouvoir de remplir de semblables conditions; c'est pourquoi les legs même d'un pareil testament ne seront plus vala-

bles. » (Code Frédéric, t. II, part. II, liv. VII, tit. XIII, § 5, n° 1.)

Quant au Code autrichien, il a introduit une distinction digne de remarque entre la condition suspensive et la condition résolutoire : la libéralité est-elle faite sous une condition suspensive, impossible physiquement ou légalement? tout est déclaré nul, non-seulement la condition, mais aussi la libéralité elle-même. Au contraire, la condition n'est-elle que résolutoire? elle seule est effacée; et la libéralité demeure pure et simple.

202. — On a dit que les rédacteurs du Code Napoléon, en édictant l'article 900, n'avaient fait, relativement aux testaments, que subir l'autorité de la tradition et la force de l'habitude; et que, s'ils étaient allés jusqu'à assimiler, à cet égard, la donation entre-vifs au testament, c'était à l'exemple de la législation intermédiaire, et surtout parce que, ayant réuni, dans un même titre, ces deux modes de disposer, ils s'étaient trouvés conduits à les confondre, même sur les points où ils auraient dû être séparés.

Nous croyons toutefois qu'il n'est pas impossible d'expliquer et même, dans une certaine mesure, de justifier la théorie que cet article a consacrée.

Il est d'abord une considération générale, commune au testament et à la donation entre-vifs, c'est que, dans l'un comme dans l'autre, la cause prédominante, c'est la volonté libérale du disposant ! sa volonté désintéressée, libre, spontanée, de conférer un bienfait à celui qu'il gratifie. Les conditions ou charges qu'il y ajoute, ne sont généralement que des clauses accessoires, auxquelles, dans sa pensée, la libéralité elle-même n'est pas subordonnée, et qui n'empêchent pas qu'il ne se propose toujours pour but prédominant de gratifier le donataire ou le légataire;

Or, ce but ne serait pas atteint par lui, son intention finale serait trompée, si, lorsqu'il a inséré dans sa libéralité, une condition impossible naturellement ou légalement, la libéralité, qu'il a faite, devenait elle-même impossible ;

Donc, on a pu considérer que c'était se conformer à sa volonté, que d'effacer la condition accessoire pour faire prévaloir la disposition principale ; car cette disposition, apparement, il ne l'aurait pas faite, s'il n'avait pas voulu qu'elle fût valable; or, elle ne peut être valable qu'autant qu'elle sera séparée de cette condition, qui, au contraire, la rendrait nulle ; et on semble être d'autant plus autorisé à supprimer, en effet, ces sortes de conditions, que le testateur n'y saurait avoir d'intérêt, puisqu'elles sont impossibles et qu'elles ne constituent pas, en réalité, des conditions véritables.

C'était l'argument de Doneau ; et il nous paraît puisé dans le caractère essentiel et dans la nature intime de la disposition à titre gratuit.

« Hærede sub impossibili conditione instituto, verba « indicant testatorem voluisse hæredem esse eum quem « instituit; alioquin non instituisset. Proindé vult ea « quoque sine quibus ille hæres esse non potest (L. il- « lud, ff. *De adquir. hæred*). Jam vero non potest hæres « esse, nisi detracta conditione impossibili ; quare hoc « quoque velle testator intelligitur ut detrahatur. » (*Comm.* VI, 16, 18.)

Ricard disait aussi dans le même sens (n° 223) :

« Dans le combat d'une prétendue condition, qui ne peut subsister, et d'un legs qui a pour fondement la volonté du défunt, il n'y a pas de difficulté que la condition doit s'évanouir ;... vu que le testateur a témoigné qu'il aimait mieux que la chose appartînt au légataire qu'elle demeurât dans sa succession ; de

sorte que n'ayant eu la pensée de la lui ôter que dans l'événement d'une condition qui se détruit de soi-même, il n'y a pas de doute qu'elle doit lui demeurer absolument; *quoniam magis legatarium aliquod commodum testator in hoc.... quam hæredem habere voluisset*, dit la loi 37 au Digeste, *De conditionibus et demonstrationibus.* »

Cette considération est, disons-nous, commune au testament et à la donation entre-vifs; et nous allons voir, en effet, qu'elle peut fournir l'explication de l'article 900 pour l'un et pour l'autre.

203.—En premier lieu, dans les testaments, pourquoi la condition impossible ou contraire aux lois ou aux mœurs est-elle réputée non écrite?

On a répondu que *c'était uniquement par la supposition de l'erreur du testateur*, qu'on pouvait l'expliquer, et que la présomption de la loi était *que l'impossibilité de la condition n'avait pas été aperçue par lui.* (Demante, t. III, nos 16 et 16 *bis*, IV.)

Cette explication peut être présentée sans doute (*supra*, n° 200); mais pourtant elle serait insuffisante; et elle manque même, à notre avis, d'exactitude, en tant qu'on la présente comme l'unique motif de notre article 900.

Il s'ensuivrait, en effet, que s'il était certain que le testateur connaissait l'impossibilité, naturelle ou légale, de la condition, qu'il a mise à son legs, l'article 900 ne serait point applicable et que le legs lui-même devrait être considéré comme non avenu.

Or, il n'en saurait être ainsi.

D'une part, les exemples mêmes, que l'on a toujours cités, en cette matière, appartiennent précisément à un ordre de conditions manifestement impossibles:... *Si vous ne touchez pas le ciel avec le doigt!... Si vous ne buvez pas toute l'eau de la mer!*

Et, d'autre part, la généralité absolue du texte de notre article s'oppose à une distinction de ce genre.

Nous convenons qu'il y aura lieu d'examiner d'abord, en présence de conditions pareilles, si le testateur était sain d'esprit (*infra*, n° 206).

Mais si la preuve d'insanité d'esprit n'est pas faite, si, comme dit Modestin, *perspicuis rationibus hæc suspicio amoveri potest*, il est certain que le legs sera maintenu (L. 27, princ. ff. *De condit. instit.*).

Il faut donc ajouter un autre motif à celui qui est déduit de la supposition d'erreur; il faut dire que le testateur a pu se montrer bizarre et ridicule, ou même immoral et cynique, sans que pourtant la condition manifestement impossible ou illicite, qu'il aurait ajoutée à son legs, implique l'idée qu'il a subordonné sa volonté bienfaisante envers le légataire, cette volonté prédominante et finale du testament, qu'il l'ait subordonnée à cette condition accessoire, qu'il savait lui-même, au contraire, n'en pas être une en réalité!

Ce qui est vrai seulement, c'est, ainsi que le remarque très-bien M. Bayle-Mouillard, que rarement on s'avisera d'imposer une condition véritablement impossible ou véritablement illicite; et que la loi porte presque uniquement sur des conditions que l'on croyait possibles et qui ne le sont pas, ou dont l'illégalité n'était pas clairement apparente; et que ces erreurs, en effet, pouvaient être, jusqu'à un certain point, considérées comme non avenues dans des actes où la condition n'est pas la chose essentielle et où domine toujours le sentiment de la libéralité (sur Grenier, t. I, p. 686, note A).

Cette observation est exacte surtout dans les mœurs et les habitudes de nos sociétés modernes, où nous ne voyons guère d'exemples de ces conditions étranges

et fantasques, que l'on rencontre dans les écrits des jurisconsultes romains, et dont il ne faudrait pas d'ailleurs accuser non plus tout à fait les mœurs romaines; car beaucoup de ces exemples ne sont dus qu'à l'imagination des jurisconsultes eux-mêmes.

Mais enfin, il n'en est pas moins certain que, si quelque condition de ce genre se retrouvait encore aujourd'hui dans un legs, elle serait réputée non écrite, à moins qu'on ne prouvât la démence du testateur (*infra*, n° 206).

204. — Quant aux donations entre-vifs, l'explication de l'article 900 paraît plus difficile; et c'est ici surtout que l'on a signalé fortement l'antinomie, qui, dit-on, existe entre cet article 900 et l'article 1172.

L'éminent auteur, que nous venons de citer, Demante, a fourni de cet article, relativement aux donations entre-vifs, deux explications: l'une, pour les conditions impossibles; l'autre, pour les conditions contraires aux lois ou aux mœurs.

« Pour les premières, dit-il, il faut bien se contenter de dire que, à tort ou à raison, la loi s'attache à la supposition d'erreur possible, après tout, des deux parts dans la donation, comme elle l'est chez le testateur. »

Et pour les secondes: « C'était le seul moyen efficace d'ôter au donataire tout intérêt à se conformer à la volonté illicite du donateur, intérêt qui, au contraire, aurait subsisté jusqu'à un certain point, si l'on eût donné à la condition l'effet d'annuler la donation; car le donataire aurait pu espérer que le donateur, seul intéressé, du moins pendant sa vie, à faire valoir la nullité, n'userait pas de ce droit, si sa volonté illicite était suivie, et ne manquerait pas, au contraire, d'en user, si elle n'était pas accomplie. On le voit donc,

cette considération aurait pu souvent déterminer le donataire à accomplir la condition. Tandis que, dans le système de la loi, le donataire est désintéressé, puisqu'il possède le bien affranchi de la condition; c'est le donateur seul, qui est puni d'avoir imposé la condition illicite, puisque, sans atteindre le but mauvais qu'il s'était proposé, il subit le dépouillement qu'il n'avait consenti que dans ce but. » (T. III, n° 16 *bis*, IV.)

Cette double explication a sa valeur aussi sans doute.

Pourtant, nous ne croirions pas non plus devoir la proposer tout à fait ainsi.

Nous ferons d'abord, quant aux conditions impossibles insérées dans une donation entre-vifs, la même observation que nous avons faite, quant à ces sortes de conditions insérées dans un testament; c'est que l'article 900 n'est pas uniquement fondé sur la supposition d'une erreur, par suite de laquelle les parties auraient ignoré l'impossibilité de la condition. Il est vrai que cette hypothèse sera la plus fréquente, surtout dans les donations entre-vifs, où il sera bien plus rare encore que dans les testaments, de trouver des conditions manifestement impossibles; car il y a là deux parties en présence l'une de l'autre; et surtout la donation entre-vifs ne pouvant être faite que par acte devant notaire (art. 931), comment supposer que l'officier public insère, dans son acte, une condition pareille! Mais enfin, la généralité absolue de notre texte n'admet pas plus en principe, pour la donation que pour le testament, une distinction de ce genre (*supra* n° 203).

Et quant aux conditions illicites, nous ne voudrions pas non plus expliquer pourquoi elles sont réputées non écrites dans la donation entre-vifs, en disant que le donataire est ainsi détourné de la mauvaise action

vers laquelle il était poussé, et que le donateur seul est *puni, puisqu'il subit le dépouillement qu'il n'avait consenti que dans ce but.*

Je sais bien que cette idée d'une punition infligée au donateur est ancienne, et qu'*aucuns de nos plus graves docteurs ont voulu,* dit Ricard, *que la loi laisse subsister le legs contre la volonté du testateur.... et ce, en punissant sa témérité....* (n° 225).

Mais Ricard réplique fort justement que si la condition est rejetée et le legs exécuté comme pur et simple, c'est, au contraire, *dans la présomption de la volonté du testateur* (*hoc loc.*).

Et, en effet, est-ce qu'une libéralité quelconque, donation entre-vifs ou testament, peut exister sans la volonté, ou plutôt contre la volonté même du disposant!

« *Plus enim tribui a Prætore ei qui fideicommissum* « *petit, quam testator voluisset, absurdum est!* »

Ainsi, disait Gaius, avec grande raison! (L. 63, § 6, ff. *ad Senatusc. Trebell.*).

C'est donc, en effet, d'après la volonté présumée du donateur lui-même, que la condition illicite, comme la condition impossible, est réputée non écrite.

Il est vrai que le donataire aussi jouait là son rôle et qu'il a accepté, à la différence du légataire, qui est étranger au testament.

Mais ce rôle du donataire est pour ainsi dire purement passif; il ne stipule pas! il ne discute pas! il ne traite pas enfin, comme dans un contrat commutatif, d'égal à égal! seulement il ne contredit pas; il accepte la loi que dicte souverainement la toute-puissante volonté qui seule en réalité fait la donation! (Comp. Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 223, 224.)

Et cette volonté, encore une fois, c'est une volonté par-dessus tout bienfaisante, dont le but final

et prédominant est de conférer un bienfait (*supra*, n° 202).

On peut donc comprendre la disposition de l'article 900, « quand on songe, dit aussi M. Dalloz, soit à la gravité des actes auxquels s'applique cet article, soit aux conséquences qu'ils entraînent, ne fût-ce qu'au point de vue de la loi fiscale, soit à l'improbabilité que le testateur ou même le donateur ait entendu subordonner de tels actes à l'exécution rigoureuse des conditions ou charges illicites, qu'il peut y avoir insérées.... » (*Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et testam.*, n° 91 ; ajout. Saintespès-Lescot, t. I, n° 113.)

205. — Telle est, suivant nous, la véritable explication des motifs de l'article 900 ; c'est-à-dire que la disposition de cet article est fondée sur la volonté du disposant lui-même, qui est présumé n'avoir pas voulu subordonner l'existence de sa libéralité, à la condition impossible ou illicite qu'il y a mise.

Et nous dirons, comme Ricard (n° 226), que cette explication est *de grande conséquence*.

Car voici quatre déductions qui nous paraissent en résulter et qui apporteront certaines limitations importantes à l'application de notre article 900.

Nous en concluons, en effet, que cet article ne serait pas applicable :

1° Si la condition apposée à la donation entre-vifs ou au testament, était telle, que l'on dût considérer que le disposant n'était pas sain d'esprit ;

2° S'il résultait de l'acte et des circonstances du fait que le disposant a voulu, au contraire, subordonner sa libéralité à la condition qu'il y a mise ;

3° Si la prétendue libéralité n'était, au fond, qu'une convention à titre onéreux ;

4° Enfin, si l'impossibilité de la condition ayant été ignorée du disposant, et connue du gratifié, qui se se-

rait néanmoins obligé à l'accomplir, on trouvait dans ce fait et dans les autres circonstances qui s'y pourraient joindre, la preuve que la libéralité est l'œuvre du dol et de la fraude.

Quelques mots sur ces quatre propositions.

206. — 1° Nous disons d'abord que si la condition qui a été mise à la libéralité, était telle qu'elle donnât lieu de penser que le disposant n'était pas sain d'esprit, il faudrait, si les autres circonstances du fait y venaient aussi en aide, déclarer nulle la libéralité tout entière.

Voilà un testateur qui a dit :

Je fais un legs à Primus :

Si cœlum digito non tetigerit ! (L. 16 *in fine*, ff. *De injust. rupto irrit. fact. testam.*)

Ou bien : *si reliquias meas in mare abjiciat !* (L. 27 princ. ff. *De condit. instit.*)

Ou encore, comme dit Pothier, un peu trop crument peut-être : *sous la condition d'aller tout nu dans les rues !* (*Traité des Obligat.*, n° 204.) Paul avait dit : *si barbaro habitu processeris* (Sentent., lib. III, tit. IV, § 2).

La condition est impossible !

Oh ! certes oui; mais elle est aussi extravagante; et le jurisconsulte Modestin, auquel j'ai emprunté l'un de ces exemples, est d'avis qu'il faut tout d'abord, en cas pareil, examiner si le testateur avait bien sa raison :

« Hoc prius inspiciendum est ne homo qui talem « conditionem posuit, neque compos mentis esset. » (L. 27, ff. *De condit. instit.*)

Nous examinerons donc, en effet, ce point; et s'il est reconnu que le disposant n'était pas *mentis compos*, nous appliquerons non pas l'article 900, mais l'article 901 (comp., Toullier, t. III, n° 245; Coin-Delisle, art.

900, n° 6; Troplong, t. I, n°s 215, 216; Demante, t. I, n° 16 *bis*, VII).

207. — 2° Nous n'appliquerons pas non plus l'article 900, s'il résulte de la disposition que le disposant a entendu subordonner l'existence même de sa libéralité à la condition qu'il y a mise.

La libéralité tout entière devra être alors déclarée non avenue, non pas, comme tout à l'heure, par défaut de capacité (*supra*, n° 206), mais par défaut de volonté.

Supposez un testateur qui met à son legs une condition dont la *possibilité* légale peut paraître douteuse et contestable; et que prévoyant le cas où cette condition serait, en effet, légalement impossible, il déclare que sa libéralité alors devra être considérée comme non avenue. Est-ce qu'une telle libéralité pourrait être maintenue, en présence de cette déclaration, qui en fait défaillir la cause essentielle et la base, à savoir : la volonté même du disposant! (*voy.* toutefois Grenoble, 11 août, 1847, Emery, Dev., 1848, II, 714).

Mantica l'a très-bien dit :

« Cum testator se ipsum glossat et interpretatur, non « est necesse confugere ad aliam juris interpretatio- « nem... » (Lib. III, tit. I, n° 1; comp. Cass., 5 avril, 1825, Lorgueilleux, D., *Rec. alph.*, *v. h.*, n° 95.)

208. — Allons plus loin. C'est un testateur qui appose à son legs une condition manifestement illicite : la condition, par exemple, que le légataire ne rappellera pas près de lui sa femme qui vit en concubinage avec son frère; et qui ajoute que cette condition est de rigueur, et que, si elle est déclarée illicite, sa volonté formelle est que le legs devra être considéré comme non avenu.

Il faut avouer que ceci paraît bien plus grave!

Ne pourrait-on pas objecter, en effet, que toutes ces

clauses ne sont, après tout, qu'un ensemble de conditions illicites, et que la loi répute toutes ces conditions non écrites?

Mais pourtant est-ce que la loi ne les répute pas non écrites seulement par une présomption déduite de l'intention vraisemblable du disposant, et parce qu'elle considère que sa volonté de donner était prédominante ; or, cette présomption est ici démentie par le disposant lui-même.

Et puis, à bien regarder une disposition pareille, ce que l'on voit, c'est qu'elle constitue véritablement, non pas une libéralité, mais l'offre d'un marché honteux, dans lequel le proposant met à prix la mauvaise action, qu'il cherche à obtenir de celui auquel il fait son offre ; et ce qu'il faut appliquer à un pacte semblable, ce n'est pas l'article 900, c'est l'article 1131, qui déclare nulle toute obligation, qui a une cause illicite.

Tout au moins, pourrait-il y avoir là une question d'interprétation à décider suivant les termes de l'acte, la nature de la condition, et toutes les autres circonstances du fait (comp. art. 1712, et *infra*, n° 212; *voy.* aussi Trib. civ. de la Seine, 19 fév. 1861, Lelong, *Gazette des Tribunaux* du 21 fév. 1861).

C'est ainsi que la Cour de Paris a déclaré nul pour le tout un legs universel, par lequel le testateur avait imposé au légataire, qui l'avait acceptée, la condition de laisser sa propre succession aux héritiers du testateur :

« Considérant qu'il résulte de l'ensemble du testament de la dame Heurteux qu'elle n'a entendu instituer héritier son mari que sous la condition que celui-ci laisserait à son tour tous ses biens aux héritiers naturels de sa femme ; qu'en maintenant cette disposition, sans que la condition soit accomplie, on arriverait à un résulat directement contraire à la volonté de la testa-

trice.... » (12 nov. 1858, Heurteux, Dev., 1859, II, 307; ajout. Caen, 3 mars 1860, Beaudoin, *Rec. des arrêts de Caen*, 1860, p. 329; Cass., 25 mars 1863, Chagot, Dev., 1863, I, 169; et D., 1863, I, 163; Amiens, 24 juill. 1863, Chagot, *J. du P.*, 1863, p. 561; *supra*, n° 604 *bis*.)

209. — Il est même certaines conditions, dont l'impossibilité pourrait offrir un tel caractère, dans la disposition à laquelle elles seraient apposées, qu'elles témoigneraient, par elles-mêmes, que le prétendu disposant n'a pas eu l'intention véritable et sérieuse de faire une libéralité :

Le jurisconsulte Paul suppose que l'on a donné à un esclave sa liberté pour une époque qui dépasse manifestement le plus long terme de sa vie :.... *in tam longum tempus collata, ut is qui manumissus est, vivere non possit*; un legs pareil, dit-il, est inutile; et il en donne cette raison précieuse à recueillir :

.... *Quia nec animus dandæ libertatis est*.... (L. 4, § 1, ff. *De stat. liber.*)

Je lègue ma maison à Paul, lorsqu'il aura deux cents ans!

Nous dirons aussi qu'il n'y a point de legs.

Est-ce que parce que la condition est impossible? non pas! car s'il ne s'agissait que d'une condition impossible, elle serait seulement réputée non écrite, et le legs vaudrait.

Mais le legs lui-même ne vaut pas, comme dit Ricard (n° 226), par la force de cette volonté expresse ou présumée du testateur, qui véritablement n'a pas voulu donner, et qui presque toujours, en cas pareil, n'aura voulu que déjouer, par cette ironique disposition, les obsessions et les importunités d'une *hérédipède!* (comp., Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 686, 687, note *a*; Troplong, t. I, n° 219).

210. — Il faudrait en dire autant *a fortiori* d'une institution pareille à celle que suppose Marcianus, s'il arrivait qu'elle se présentât chez nous.

Si Titus hæres erit, Seius hæres esto; si Seius hæres erit, Titus hæres esto.... (L. 16, ff. *De condit. instit.*).

Cette institution est inutile, répond le jurisconsulte romain, *quia conditio existere non possit.*

Elle est certes très-inutile; mais ce n'est pas précisément à raison de l'impossibilité de la condition; c'est à raison de l'impossibilité de l'institution elle-même!

Il est clair, en effet, que la condition et l'institution s'excluant réciproquement et perpétuellement l'une l'autre, une pareille disposition n'est qu'un cercle vicieux et sans issue! (L. 188, ff. *De regul. jur.*) C'est en ce sens que Furgole disait que la *perplexité* d'une telle disposition la rend non avenue (*des Testam.*, chap. VII, sect. II, n° 28).

Ce n'est donc là qu'un mauvais jeu d'esprit! ce n'est pas du tout une disposition! (Comp. Coin-Delisle, art. 900, n° 6; Bayle-Mouillard, *loc. supra;* Troplong, t. I, n°s 220 et 280.)

211. — L'intention du disposant de subordonner l'existence de sa libéralité à la condition impossible ou illicite, qu'il y a mise, résulterait-elle de cela seul qu'il aurait cru que cette condition était possible ou licite?

On pourrait soutenir l'affirmative, en disant que puisque le disposant a cru à la possibilité naturelle ou légale de la condition, il doit être présumé avoir voulu que cette condition fût accomplie, et qu'il n'est pas possible, en cas pareil, de scinder sa volonté. Telle était, en effet, la doctrine de la plupart des anciens interprètes, qui voulaient que l'on ne réputât non écrites que celles des conditions dont

l'impossibilité apparaissait manifestement et n'avait pas pu être ignorée du disposant; et ils la fondaient notamment sur la loi 58 au Digeste, *De condictione indebiti,* où Papinien, supposant qu'un testateur a laissé un legs à un esclave, s'il recevait la liberté *ex testamento*, décide que le légataire doit rendre ce qu'il a reçu, parce qu'il a été prouvé qu'il n'a jamais été esclave et qu'il est ingénu ; c'est-à-dire, suivant eux, parce qu'il s'agissait là d'une condition impossible que le testateur avait crue possible (comp. Doneau, *Comm.* VIII, 32, 7; Mantica, *De conject.*, III, 10, 7 ; Pothier, *Pandect. Justin.*, t. II, p. 452, n° 22 ; Ricard, n° 226).

Mais, déjà, dès le dix-septième siècle, cette doctrine avait été combattue par le jurisconsulte Averani, qui avait remarqué, tout au contraire, qu'il y avait d'autant plus lieu de réputer ces sortes de conditions non écrites, que le disposant avait pu les ajouter, par erreur, à sa libéralité : « *Cum hæ tanto magis detrahendæ sint quanto certius est eas incauto testatori excidisse* (*Interpret. juris*, 2, 34, 17-19); et quant à la loi 58 précitée, il faisait remarquer, avec raison, qu'il y était question non pas d'une condition impossible, mais d'une fausse cause, qui plaçait le legs en dehors de la seule hypothèse où le testateur avait voulu le faire (comp. L. 1, Cod. *De ingen. manum.*; Cujas, lib. IX, sur la loi 58 précitée, *Resp. Papiniani ;* ajout. Furgole, *des Testam.*, chap. VII, sect. IX, n° 129).

La généralité des termes de notre article 900 ne permet pas de douter que cette dernière doctrine ne soit aujourd'hui la seule vraie ; car on ne saurait, sans violer cet article, y introduire une distinction entre le cas où le testateur a connu et le cas où il n'a pas connu l'impossibilité de la condition. Bien plus !

nous avons vu que, dans un tout autre sens, on a voulu expliquer l'article 900 précisément par la supposition d'une erreur de la part du disposant, qui aurait cru que la condition était possible ! Ce dernier système serait lui-même, à notre avis, une autre exagération en sens inverse (*supra*, n° 203) ; mais du moins est-il une preuve que la circonstance que le disposant a cru que la condition par lui mise à sa libéralité, était possible, n'est pas un obstacle à l'application de l'article 900 (comp. Troplong, t. I, n°s 229-231).

212. 3° — Nous avons dit aussi que l'article 900 ne serait pas applicable, si l'acte qui a été fait n'était, sous l'apparence et la forme d'une libéralité, qu'une convention à titre onéreux (*supra*, n° 205).

Primus, par exemple, s'engage, sous la forme d'un acte de donation entre-vifs, à payer 10 000 francs à Secundus, sous la condition que celui-ci exercera une vengeance contre son ennemi.

S'il résulte des circonstances que cette prétendue donation entre-vifs n'a pas pour cause un sentiment de bienfaisance, mais qu'elle est uniquement le salaire de la mauvaise action à laquelle Primus veut pousser Secundus, il faudra décider qu'elle n'est qu'une convention à titre onéreux dont la cause est illicite, et qui doit être déclarée nulle tout entière, aux termes des articles 1131 et 1172. Ce n'est point, en effet, seulement d'après sa dénomination et sa forme apparente, que le caractère d'un acte doit être apprécié ; c'est, d'après la vérité du fait lui-même !

Cette solution ne pourrait souffrir aucune difficulté, si l'on présentait une contre-lettre dans laquelle Secundus aurait reconnu le véritable caractère de cet acte.

Mais cette condition et cette mode de preuve sont-ils indispensables ?

M. Coin-Delisle l'enseigne ainsi (art. 900, n° 4); et l'honorable auteur, critiquant, sur ce point, la doctrine de M. Duranton, est d'avis que la preuve ne pourrait pas s'induire des circonstances du fait, parce que *ce serait là changer la volonté du législateur et que la loi est absolue* (ajout. Saintespès-Lescot, t. I, n° 115; D., *Rec. alph.*, hoc. loc., n° 92).

Mais l'article 900 n'est absolu qu'autant qu'il s'agit d'une donation entre-vifs ou d'un testament; et, précisément, la question est de savoir si cet acte est, en réalité, une donation entre-vifs; or, les magistrats ont toujours le droit d'apprécier le véritable caractère des actes, indépendamment de la forme qui leur a été donnée! pourquoi donc ne pourraient-ils pas en déterminer ici le caractère d'après la qualité des parties, leurs rapports antérieurs, la nature de la condition, etc.; et si on suppose que cette promesse d'une somme de dix mille francs a été faite par Primus à un homme qui lui était auparavant tout à fait étranger, et qu'elle ne puisse recevoir aucune autre explication que celle d'une convention illicite, comment se ferait-il que la justice fût dans l'impuissance de déclarer la vérité des faits? (Comp. Duranton, t. VIII, n° 168; Vazeille, art. 900, n° 1; Poujol, art. 900, n° 45; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 2; Demante, t. III, n° 16 *bis*, VII.)

M. Bayle-Mouillard pense que cette distinction sera de peu d'utilité pratique. Quel est l'homme de sens, dit-il, qui, voulant exciter à un acte immoral, prendrait de préférence la forme d'une donation? Ne serait-il pas arrêté par la certitude que, la condition immorale étant effacée par l'article 900, la donation conditionnelle ne serait véritablement qu'une donation pure et simple, laquelle lierait le donateur et laisserait libre le donataire? mieux vaudrait encore l'obliga-

tion, qui n'enchaînerait ni l'un ni l'autre (sur Grenier, t. I, p. 686-688, note *a*).

Ceci est autre chose! nous remarquerons d'abord pourtant qu'il ne serait pas impossible, même dans les espèces semblables à celle que nous avons proposée, que le prétendu donataire n'eût consenti à promettre le méfait qu'autant que le prétendu donateur se lierait envers lui, et que celui-ci, dominé par sa haine, eût suivi la foi de ce vengeur!

Mais, en outre, on peut supposer d'autres espèces; c'est ainsi que la Cour d'Orléans a décidé qu'un acte revêtu de la forme d'une donation entre-vifs et qui avait été fait sous la condition, par le prétendu donataire, de ne pas se prévaloir des dispositions de l'article 913, ne constituait qu'une convention à titre onéreux (29 mai 1852, Gallais, Dev., 1853, II, 13).

En réservant donc ce qui concerne les questions d'application, en fait, nous pouvons conclure, en droit, que si l'acte qui a été fait sous la forme d'une libéralité, n'est, en réalité, qu'un acte à titre onéreux, ayant une cause illicite, ce n'est pas l'article 900 qu'il faut appliquer, mais bien l'article 1131 et l'article 1172 (comp. aussi Cass., 31 juill. 1860, Pinta, Dev., 1860, I, 833).

213. — C'est en partie par suite de cette idée que le droit romain déclarait nuls les institutions et les legs *captatoires*.

Si Titius m'institue son héritier, je l'institue mon héritier (comp. L. 64, ff. *De legat.* 1°; L. 70 et 71, ff. *De hæred. instit.;* L. 11, Code *De test. milit.*). Ces sortes de dispositions paraissaient être inspirées moins par une pensée de réciproque bienfaisance, *mutuis affectionibus*, que par le désir d'attirer à soi et de *capter* l'hérédité d'autrui.

« *Captatoria institutio dicitur*, suivant l'énergique et

pittoresque définition de Vinnius, *cum testator hæreditatem suam, tanquam in hamo, defert ut alienam allectet atque invitet.* » (*Partit. juris*, liv. I, c. XXXVIII.)

Pothier, dans notre ancien droit, maintenait encore cette doctrine (comp. *Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans,* n° 27, et *Traité des Donat. testam.*, chap. II, sect. II, art. 6, § 2); on peut voir que Ferrières s'y était aussi arrêté (*Comment. sur la Cout. de Paris*, titre XIV, *des Testam.*, art. 239.)

Il faut ajouter, toutefois, que ces institutions étaient déclarées nulles, *non pas tant*, comme disait Furgole, *parce qu'elles tendaient à capter une institution pareille, que parce qu'elles étaient conférées au secret de la volonté d'autrui* (ch. V, sect. III, n° 16), c'est-à-dire parce qu'elles dépendaient de la volonté d'un tiers (*voy.* aussi Ricard, n° 62.)

Nous croyons qu'il serait difficile de poser aujourd'hui en principe que les dispositions de ce genre doivent être considérées comme *captatoires*, et annulées comme telles (*infra* n° 387). Nos lois autorisent les libéralités réciproques, qui peuvent être, en effet, très-raisonnables et très-légitimes, comme, par exemple, entre deux frères ou entre deux amis, qui n'ont de proches parents ni l'un ni l'autre; et il ne nous paraît pas que l'on soit fondé à dire absolument qu'une telle libéralité dépend de la simple et pure volonté d'autrui. La vérité est qu'elle est conditionnelle; et que s'il dépend de l'institué d'accomplir la condition, à laquelle elle est subordonnée, il ne le peut pourtant qu'en faisant lui-même une institution au profit de celui qui l'a institué. (*Voy.*, toutefois, Grenier, t. I, n° 143.)

214. — Delvincourt enseigne que la condition illicite ne doit être réputée non écrite, dans une donation entre-vifs, en vertu de l'article 900, qu'autant que le

donataire ne l'accomplit pas; et que si, au contraire, il l'accomplit, la donation entre-vifs doit être déclarée nulle, en vertu des articles 1131 et 1172.

Si, en effet, dit l'auteur, la loi déclare ces sortes de conditions non écrites, c'est qu'elle a voulu, par là, empêcher l'effet de la malveillance du donateur, en favorisant le donataire, qui n'obtempérerait pas à la condition, et parce qu'on peut supposer que le donataire n'y a consenti que pour empêcher le donateur de s'adresser à une autre personne qui serait moins scrupuleuse; donc, si le donataire accomplit la condition, il est indigne de la protection de la loi (t. II, p. 58, note 2).

Mais cette distinction nous paraît impossible :

1° Parce qu'elle est contraire à la généralité absolue de l'article 900, qui, dès le moment où la donation entre-vifs est faite, en efface la condition, sans s'enquérir si cette condition sera ou ne sera pas ensuite accomplie;

2° Parce que, dès qu'il s'agit d'une vraie donation entre-vifs, ce que la loi présume, c'est que la volonté de conférer un bienfait, était prédominante et non subordonnée à la possibilité d'une condition purement accessoire (*supra*, n° 204); mais elle n'a pas eu pour but de ménager un donataire, qui n'aurait accepté le bien du donateur, qu'avec la réserve secrète de ne pas remplir ses intentions, et seulement parce qu'il craindrait :

Que tout ce bien ne tombe en de méchantes mains!

214 *bis*. — L'article 900, d'ailleurs, s'il ne s'applique qu'aux donations entre-vifs et aux testaments, s'applique d'ailleurs à toute donation entre-vifs et à tout testament.

Et c'est ainsi qu'il faut y comprendre, et même *a for-*

tiori, les constitutions de dot, et plus généralement les donations faites par contrat de mariage, tout aussi bien que les autres (comp. Turin, 10 août 1811, Brissy, Sirey, 1812, II, 71).

215.—Mais l'article 900 serait-il applicable également, si la donation était déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux ?

Pour la négative, on peut dire que si la donation, dans ce cas, est valable, c'est par le motif qu'aucune fraude n'étant alléguée, l'acte doit être maintenu, avec le caractère apparent, que les parties lui ont donné, *ut sonat* (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la séparation de corps*, t. II, n° 242); or, précisément, en lui laissant ce caractère, il est nul, aux termes de l'article 1172.

Mais, pourtant, ne serait-il pas plus vrai que l'on doit ici s'attacher, dans tous les cas, à la réalité, c'est-à-dire à la véritable intention des parties ? et de même que nous avons décidé que c'est l'article 1172, qui est applicable, et non pas l'article 900, lorsqu'un acte à titre onéreux a été déguisé sous la forme d'une donation entre-vifs, ne devons-nous pas décider réciproquement que c'est l'article 900, qui est applicable, et non pas l'article 1172, lorsqu'une donation entre-vifs a été déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux ? je le croirais ainsi (comp. le t. III de ce *Traité*, n° 3; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 688, note *a*).

216. — 4° Enfin, nous avons dit (*supra*, n° 205), qu'il se pourrait que l'article 900 ne fût pas applicable, si l'impossibilité de la condition ayant été ignorée du disposant et connue, au contraire, du gratifié, il résultait aussi des autres circonstances que la libéralité est le fruit du dol et de la fraude.

Ce n'est pas que nous pensions que ce seul fait que le disposant ignorait l'impossibilité de la condition,

tandis que le gratifié la connaissait, en fût par lui-même une preuve suffisante; mais il en fournirait du moins les premiers indices, surtout s'il était établi que c'est le gratifié lui-même qui a employé des manœuvres pour induire le disposant en erreur sur le caractère de la condition.

217. — Nous devons encore ajouter une observation relativement à l'étendue d'application dont notre article 900 est susceptible.

Cet article est-il applicable au cas où le disposant a grevé son héritier légitime, ou bien un donataire entre-vifs, ou un légataire, d'une libéralité au profit d'un tiers, pour le cas où l'héritier, le donataire ou le légataire ne satisferait pas à une condition impossible ou illicite, qu'il lui a imposée ?

Primus, par exemple, a fait une donation entre-vifs ou un legs à Secundus, sous la condition qu'il renverrait sa femme; et il a ajouté que, faute par lui de remplir cette condition, il devrait payer dix mille francs à Tertius.

Ce legs de dix mille francs, au profit de Tertius, doit-il être considéré comme pur et simple et exécuté, en conséquence, comme tel ?

Pour l'affirmative, on pourrait raisonner ainsi :

1° Aux termes de l'article 900, la condition contraire aux lois ou aux mœurs est réputée non écrite, et la libéralité devient ainsi pure et simple; or, le legs de dix mille francs au profit de Tertius est fait sous une condition de ce genre; donc, cette condition étant réputée non écrite, le legs devient par là pur et simple.

2° Objectera-t-on que ce legs n'a pas été inspiré par une pensée de bienfaisance en faveur de Tertius, et qu'il n'est qu'un moyen employé pour contraindre Secundus à une action illicite, moyen dès lors lui-

même illicite ? — Mais pourtant, c'est bien Tertius que le disposant a voulu avantager ; il n'a pas dit Quartus ni Quintus, ni aucun autre ; donc, il y a là aussi une volonté libérale au profit de Tertius lui-même.

Nous ne croyons pas, toutefois, que cette doctrine soit exacte ; et notre avis est, au contraire que le legs de dix mille francs fait à Tertius devra, dans ce cas, être considéré comme non avenu :

1° Quand le législateur, par l'article 900, déclare non écrite la condition impossible ou illicite, dans les donations entre-vifs et les testaments, il suppose évidemment que cette condition a été imposée à celui-là même qui a été gratifié de la donation ou du legs fait sous une telle condition ; il est tout simple alors et très-logique que, cette condition étant effacée, la libéralité lui reste comme pure et simple ;

Or, au contraire, dans notre espèce, ce n'est pas à Tertius, à celui qui est gratifié du legs de dix mille francs, que la condition illicite est imposée ; Tertius, lui ! n'est grevé d'aucune condition ni d'aucune charge ! la condition, la charge, elle est imposée à Secundus, qui, loin d'être le bénéficiaire du legs de dix mille francs, en deviendrait le débiteur, si la condition était réputée non écrite ;

Donc, cette hypothèse ne rentre pas dans les termes de l'article 900 ni dans la théorie sur laquelle cet article est fondé.

2° C'est que, en effet, ce legs de dix mille francs au profit de Tertius n'est pas, dans la réalité, un legs fait sous une condition ; c'est un legs fait sous une peine, un legs pénal ! voilà son véritable caractère.

Sans doute, il est libre à toute personne de grever son héritier, son donataire ou son légataire, de la charge d'un legs, à titre de peine, pour le cas où il manquerait

à remplir les conditions qu'il lui impose. L'ancien droit romain, qui annulait sans distinction tous les legs faits *pœnæ nomine*, était, à cet égard, excessif; aussi Justinien l'a-t-il abrogé; mais en même temps qu'il déclarait valables les legs faits *pœnæ nomine*, l'empereur y ajoutait cette restriction, à savoir: que la condition imposée à l'héritier ne serait ni impossible ni illicite :.... *exceptis iis videlicet quæ impossibilia sunt vel legibus interdicta, vel alias probrosa*... (L. unic. Cod. *De his quæ pœnæ nom.*; Instit., *De legat.*, § 36.).

Notre ancien droit français avait adopté le principe de Justinien avec son exception (comp. Furgole, *des Testam.*, chap. II, nos 141 et suiv.; Merlin, *Répert.*, vo *Peine testam.*, nos 3-6).

Et, à quelque point de vue que l'on se place, soit de la logique, soit de la raison et de l'intérêt politique de la cité, on arrive à cette conclusion, que tel doit être encore aujourd'hui notre droit moderne.

D'une part, en effet, le legs de dix mille francs fait à Tertius ne peut lui être dû par Secundus, qu'autant que celui-ci aura contrevenu à la condition qui lui a été imposée;

Or, Primus ne peut pas contrevenir à une condition, dont l'accomplissement lui est défendu par la loi elle-même qui, vis-à-vis de lui, la tient pour non écrite;

Donc la condition, sous laquelle seulement Tertius pouvait avoir droit au legs, ne peut pas s'accomplir.

Est-ce que Tertius aurait eu droit au legs de dix mille francs, si le testateur le lui avait légué pour le cas où Secundus ferait une chose physiquement impossible, comme s'il avait dit : j'institue Secundus mon légataire universel; et si Secundus touche le ciel avec le doigt, je lègue dix mille francs à Tertius. Il est clair alors que ce legs de dix mille francs serait caduc; car

Secundus ne le devrait qu'autant qu'il aurait contrevenu à cette condition, à laquelle la contravention est naturellement impossible!

Or, la condition impossible légalement est assimilée par la loi à la condition impossible naturellement;

Donc, la solution doit être, dans les deux cas, la même.

D'autre part, il est moral et politique que l'héritier, le donataire ou le légataire ne soit pas menacé de devenir débiteur d'un legs par cela même qu'il s'abstiendrait d'une action illicite! et on doit d'autant mieux s'arrêter à cette conclusion que le tiers auquel ce legs pénal a été fait, n'est pas, en effet, l'objet direct et principal de la libéralité du testateur, mais qu'il n'est là qu'un moyen, et, pour ainsi dire, un instrument de contrainte! (*voy.* aussi *infra*, n° 278; et notre *Traité de la Distinction des biens, de la Propriété, de l'Usufruit*, etc., t. II, n° 476; notre *Traité des Successions*, t. III, n° 126; comp. Duranton, t. VIII, n°s 116-119; Coin-Delisle, art. 900, n° 44; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 6; Demante, t. III, n° 16 *bis*, V.)

218. — Le mot *condition*, dans l'article 900, ne doit pas seulement s'entendre des conditions casuelles, qui consistent dans un événement indépendant du fait des parties.

Il comprend aussi celles qui consistent dans un fait, dont l'accomplissement ou l'abstention est imposé au donataire ou au légataire; et l'on peut même ajouter que cette dernière espèce de condition étant, en ces hypothèses, la plus fréquente, c'est, en effet, aussi celle que le législateur a eu peut-être principalement en vue dans notre article.

Ce n'est point là d'ailleurs donner au mot *condition* une acception qu'il ne comporterait pas; on sait que ce mot, susceptible d'un grand nombre d'acceptions

diverses, comprend aussi, et même très-souvent, les charges qui sont imposées à une partie; ce sont bien là, en effet, des conditions, puisque le sort de la libéralité dépend, en général de leur exécution, soit qu'elle se trouve suspendue jusqu'à ce que le fait soit accompli, soit qu'elle doive être résolue en cas d'accomplissement. Et tel est le sens dans lequel notre Code l'a employée dans l'article 953 (*voy.* le t. III de ce *Traité*, n° 563)

On peut d'autant moins douter que tel ne soit aussi le sens de ce mot dans l'article 900, que les lois de 1791 et de l'an II se servaient des mots : *clauses impératives et prohibitives* (*supra*, n° 198), et que le législateur de notre Code a évidemment voulu, dans l'article 900, exprimer la même idée et régler la même hypothèse que les lois intermédiaires, c'est-à-dire l'hypothèse de toute condition ou charge, ou modalité quelconque de ce genre insérée dans une donation entre-vifs ou un testament (comp. Duranton, t. VIII, n° 111; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 175 ; Aubry et Rau, t. VI, p. 5; Coin-Delisle, art. 900, n° 5; Marcadé, art. 900; Troplong, t. I, n° 189 ; Demante, t, III, n° 16 *bis;* Gauthier de La Chapelle, *Encyclop. du droit*, de MM. Sebire et Carteret, v° *Condition,* n°s 1 et 2).

219. — Notre dessein n'est pas d'examiner ici toute la théorie des conditions dans les actes à titre gratuit, sous le rapport de leur accomplissement et de leur inaccomplissement, etc.

Cette théorie est très-vaste; et elle nous emporterait fort loin en dehors de la spécialité de notre sujet actuel; nous la retrouverons plus tard, à sa place, soit dans le chapitre des donations entre-vifs, soit dans le chapitre des testaments.

Il est bien entendu aussi que nous n'avons pas à revenir sur les substitutions prohibées (*supra* n° 147);

de même que nous ne nous occuperons pas, en ce moment, de certaines conditions, qui d'ailleurs, en soi, possibles et licites, seraient incompatibles avec le caractère essentiel de l'acte, dans lequel on les aurait insérées : comme certaines conditions par suite desquelles la donation entre-vifs serait nulle tout entière (comp. art. 943 et suiv.).

L'objet spécial de notre étude est ici l'article 900 ; et ce que nous avons seulement à déterminer, c'est à savoir dans quels cas une condition insérée dans une donation entre-vifs ou dans un testament, doit être considérée :

A. Soit comme impossible;

B. Soit comme contraire aux lois ou aux mœurs.

Ce sont là, à vrai dire, deux sortes de conditions également impossibles.

Seulement, la première impossibilité est naturelle; elle est de *fait;* et on dit, en effet, que les conditions, qui s'y rapportent, sont impossibles naturellement.

La seconde impossibilité est morale; elle est de droit; et on dit que les conditions qui s'y rapportent, sont impossibles moralement, ou encore en d'autres termes synonymes, qu'elles sont illicites.

Nous nous occuperons successivement des unes et des autres.

220. — A. Il semble qu'il n'y ait rien à dire sur les conditions impossibles naturellement; car on ne peut alors s'y méprendre! et la vérité est que cette première partie de notre examen est infiniment plus simple que celle qui est relative aux conditions impossibles moralement.

Elle exige pourtant aussi quelques remarques.

Il peut y avoir, en effet, plusieurs sortes d'impossibilités naturelles; nos anciens auteurs qui, à l'exemple des jurisconsultes romains et avec leur secours,

ont fort approfondi cette matière, n'avaient pas manqué de les discerner; et ils distinguaient quatre sortes d'impossibilités:

1° L'impossibilité de nature;

2° L'impossibilité de fait;

3° L'impossibilité absolue et l'impossibilité relative;

4° L'impossibilité perpétuelle et l'impossibilité temporaire.

Nous avons à rechercher si les conditions où se rencontrent ces diverses espèces d'impossibilités, doivent être toujours réputées non écrites, d'après notre article 900.

221. — 1° L'impossibilité dite de nature, *natura*, est celle qui résulte des lois mêmes de la nature; elle est matérielle et radicale, également absolue pour tous.

Si cœlum digito tetigeris! (*supra* n° 206).

Qu'une condition entachée d'une impossibilité pareille, soit réputée non écrite, cela est d'évidence; car il n'y a même pas là du tout de condition, et ce n'est que par un abus de langage qu'on a pu qualifier ainsi une telle clause! (comp. Ducaurroy, *Instit. expliq.*, n°s 597-600).

Il n'y a pas, d'ailleurs, à distinguer, comme plusieurs autrefois l'avaient voulu, si elle consiste *in non faciendo*, ou bien *in faciendo* (comp. *supra*, n° 195; Ricard, n° 230).

222. — 2° L'impossibilité de fait, dans un sens spécial, est celle d'une condition qui serait possible en soi, mais qui, par les circonstances dont elle est accompagnée, à raison, par exemple, du délai, du lieu, ou du mode prescrits, est rendue impossible.

Faut-il la tenir aussi pour non écrite?

L'affirmative était enseignée par les jurisconsultes

romains ; et c'est ainsi qu'Ulpien supposant un héritier institué sous cette condition : *si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset,* décidait que la condition devait être réputée non avenue, *evanescere quasi impossibilem,* parce que le monument ne pouvait pas être achevé en trois jours : *cum monumentum in triduo perfici non possit* (L. 6, ff. *De condit. inst.*).

Nos anciens auteurs enseignaient de même qu'une telle condition *est absolument rejetée ;* c'était le mot de Furgole (chap. VII, sect. II, n° 25 ; ajout. Ricard n° 237).

Et la même doctrine a été encore enseignée dans notre droit nouveau (comp. Toullier, t. V, n° 431 ; Troplong, t. I, n° 225).

Nous croyons toutefois qu'on devrait seulement considérer comme non écrite la partie de la condition qui est seule impossible, et maintenir la condition dans ce qu'elle a de possible ; et par exemple, dans l'espèce proposée par Ulpien, l'héritier institué ne serait pas tenu sans doute, sous peine de perdre son institution, d'achever le monument dans le délai de trois jours, si ce délai était manifestement insuffisant ; mais il serait tenu de l'achever dans le délai plus long, qui lui serait, suivant les cas, accordé par le juge (arg. des articles 1157, 1900, 1901 ; comp. Duranton, t. VIII, n° 114 ; Coin-Delisle, art. 900, n° 10 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 689, note *a ;* Gautier de La Chapelle, *Encycl. du Droit,* v° *Condition,* n° 129).

Il n'en serait autrement, qu'autant que l'impossibilité de fait serait telle qu'elle dégénérerait manifestement elle-même en une impossibilité de nature ! comme par exemple, si mon légataire va à Berlin en deux heures ! (Comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 176 ; Troplong, *loc. supra cit.*).

223. — 3° L'impossibilité est absolue, lorsqu'il

s'agit d'une condition que personne absolument ne pourrait remplir (*supra*, n° 221).

Elle n'est, au contraire, que relative, lorsqu'il s'agit d'une condition, qui est possible en soi, et que d'autres pourraient remplir, mais qui est impossible pour celui auquel elle est imposée, par suite d'empêchements particuliers et individuels de sa part.... *qui efficere non potest, cum alii possibile est* (L. 137, § 5, ff. *De verb. obligat.*).

La condition, qui est seulement d'une impossibilité relative, doit-elle être réputée non écrite, aussi bien que la condition, qui est d'une impossibilité absolue ?

La négative a été, de tout temps, admise dans la doctrine des jurisconsultes, qui enseignent qu'une *impossibilité respective ou relative n'est pas telle qu'il la faut, pour que la condition soit réputée non écrite* (Furgole, chap. VII, sect. II, n° 26 ; Ricard, n°s 232-235).

Et telle est encore la doctrine moderne (comp. Delvincourt, t. II, p. 60, note 2 ; Toullier, t. VI, n°s 482, 483 ; Duranton, t. VIII, n° 112 ; Coin-Delisle, art. 900, n° 8; D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs*, n°s 99, 100; Gauthier de La Chapelle, *loc. supra,* n° 134, Troplong, t. I, n° 126; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 3; Massé et Vergé, t. III, p. 176).

Cette doctrine nous paraît exacte en général; l'article 900 ne répute non écrites que les conditions impossibles ; or, on suppose que la condition, dont il s'agit, est possible en soi ; donc, elle ne rentre pas dans les termes de cet article.

Et c'est ainsi qu'il nous paraît incontestable que *l'extrême difficulté d'une condition possible, en soi, ne serait pas*, comme disait Ricard, *considérable pour entraîner la nullité d'un legs* (loc. supra cit.).

La condition imposée à un légataire, par exemple,

de payer à un tiers une certaine somme, devrait être maintenue, quels que fussent les embarras pécuniaires de celui-ci.

Mais est-ce à dire pourtant que l'impossibilité relative, si elle était manifeste et invincible, ne devrait jamais être, en cette matière, assimilée à l'impossibilité absolue?

Supposons, par exemple, un legs fait à un peintre amputé des deux bras, sous la condition qu'il fera un tableau!

M. Bayle-Mouillard, supposant, en effet, une hypothèse pareille, décide que cette condition serait réputée non écrite (sur Grenier, t. I, p. 689, note *a*); et nous le croirions ainsi, à moins que l'on ne dût voir dans une telle disposition, s'il arrivait qu'elle pût se présenter, un acte de folie! (*supra*, n° 206).

Mais le savant auteur concède que si je vous ai institué héritier, vous qui n'êtes pas peintre, sous la condition de faire un tableau, la condition sera valable, et que le legs devra être déclaré nul, si elle n'est pas accomplie. Tel est également le sentiment de M. Coin-Delisle, qui l'enseigne ainsi pour le cas où le légataire *n'aurait pas même les premiers éléments de la peinture!* (art. 900, n° 8).

Nous convenons que l'on se trouve alors dans la distinction théorique de l'impossibilité absolue et de l'impossibilité relative.

Faire un tableau est une chose très-possible sans doute en soi!

Si elle est impossible au légataire, tant pis pour lui, dit-on; *il peut apprendre à peindre!* (Bayle-Mouillard); et peut-être même *le testateur a-t-il voulu l'engager à l'étude de cet art!* (Coin-Delisle).

Mais ceci serait-il toujours bien satisfaisant pour la logique et pour la raison?

Nous en doutons beaucoup.

On peut critiquer la règle décrétée par notre article 900, qui répute non écrites, dans les donations entre-vifs et les testaments, les conditions impossibles; mais enfin, cette règle existe; et il faut dès lors l'appliquer logiquement, raisonnablement.

Or, en vérité, qu'importe, relativement à celui à qui la condition est imposée, qu'elle soit possible pour certains autres, si elle est pour lui, d'une impossibilité radicale! si, par exemple, cette condition de faire un tableau a été imposée à un légataire, qui, par son âge, sa profession, et tout le reste, en est et en sera toujours absolument incapable !

Une telle condition n'est-elle pas, dès lors, impossible *naturâ?* et puisque le législateur présume que la volonté bienfaisante du disposant prédomine indépendamment de l'impossibilité de la condition, ne doit-il pas considérer cette condition comme non écrite? (comp. Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. I, p. 175, 176; Saintespès-Lescot, t. I, n° 115; D.; *Rec. alph.*, h. v., n°s 100, 101).

224. — 4° L'impossibilité est perpétuelle, lorsqu'elle ne peut cesser, ni par le secours de l'art, ni par un événement quelconque, prévu ou imprévu.

Elle est seulement temporaire, lorsqu'elle peut prendre fin.

Ce n'est généralement que dans le cas où la condition est d'une impossibilité perpétuelle, qu'elle doit être réputée non écrite.

S'il ne s'agit que d'une condition impossible temporairement, la libéralité y doit demeurer subordonnée, puisque l'accomplissement de cette condition peut devenir possible.

Je lègue à Paul 100 000 francs, s'il épouse ma nièce.

Mais ma nièce n'a que douze ans, à l'époque de mon décès (art. 144).

La condition est actuellement impossible, sans doute; mais elle ne le sera pas dans trois ans (comp. *infra*, n° 230; Toullier, t. V, n° 483; Coin-Delisle, art. 900, n° 8; Gauthier de La Chapelle, *Encycl.*, v° *Condition*, n° 130).

225. — Si la condition se composait de deux parties ou de deux faits, dont l'un serait impossible et l'autre possible, la première partie serait réputée non écrite; et la seconde serait maintenue. *On en serait quitte alors*, dit Furgole, pour satisfaire à la partie qui est possible (chap. VII, sect. II, n° 27; Ricard, n° 236; comp. L. 12, ff. *De dote prælegata*; Duranton, t. VIII, n° 113; Coin-Delisle, art. 900, n° 9; Saintespès-Lescot, t. II, n° 118; Gauthier de La Chapelle, *loc. supra*, n° 135; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 689, note *a;* D., *Rec. alph.*, h. v., n° 103).

226. — Il faut appliquer la même solution au cas où une libéralité aurait été faite sous plusieurs conditions alternatives, dont les unes seraient possibles et les autres impossibles.

Celles-ci seraient seules réputées non écrites (arg. de l'article 1192; *voy.* les citations *supra*, n° 225).

227. — On a d'ailleurs toujours, et fort justement, assimilé aux conditions impossibles les conditions fausses.

On appelle ainsi celles qui sont possibles naturellement, mais qui se trouvent accidentellement impossibles, par suite d'un fait faux ou inexact, qui s'y rencontre.

« Falsam conditionem Cassius et Sabinus impossibilem esse dixerunt. » (L. 72, § 7, ff. *De condit. et demonst.*)

Et Papinien, l'auteur de ce fragment, cite, comme

exemple, le cas où un legs a été fait sous cette condition imposée par le testateur au légataire : *si quod Titio debeo solverit;* tandis que, au moment de la confection du testament, le testateur ne devait rien à Titius (ajout. L. 45, ff. *De hæred. instit.*).

Il est clair que cette condition est impossible, *n'y ayant pas de moyen*, dit Ricard, *d'accomplir ce qui n'est pas* (n° 237; Coin-Delisle, art. 900, n° 11; Troplong, t. I, n° 227).

228. — Nous venons de parler du cas où la condition était impossible dès avant la confection du testament.

Que faudrait-il décider, si la condition, qui était possible à l'époque de la confection du testament, est devenue impossible seulement depuis, soit avant la mort du testateur, soit après sa mort?

Il importe de remarquer que la question n'est plus alors de savoir si la condition est ou n'est pas impossible; il s'agit de savoir si elle est accomplie ou défaillie; or, c'est là un ordre de principes tout différent; et il faut bien se garder de confondre l'*impossibilité* avec la *défaillance* ou le défaut d'accomplissement de la condition.

Ainsi, d'abord, est-ce seulement depuis la mort du testateur que la condition est devenue impossible?

Si cette condition était casuelle, bien loin qu'elle doive être réputée non écrite, aux termes de l'article 900, le legs lui-même sera caduc, aux termes de l'article 1040, pour défaut d'accomplissement de la condition à laquelle il était subordonné.

Et, pour le cas où la condition était potestative, il y aura lieu de rechercher quelle a été l'intention du testateur, et si la condition doit être tenue pour accomplie, parce que le défaut d'accomplissement ne serait pas imputable au légataire, qui aurait fait tout ce qui

dépendait de lui pour s'y conformer; et telle est, en effet, généralement l'interprétation que devra recevoir la volonté du testateur, ainsi que nous l'expliquerons, en développant plus bas ce qui concerne la manière dont les conditions doivent être accomplies dans les dispositions testamentaires (comp. Bordeaux, 23 juill. 1838, Roye, D., *Rec. alphab.*, h. v., n° 112; L. 6 et 14, ff. *De condit. et demonstr.;* L. 34, § 4, ff. *De legat.*, 2°; Furgole, chap. XII, sect. II, n°s 7 et suiv.; Duranton, t. VIII, n° 115; Coin-Delisle, art. 900, n° 14; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 688, 689, note *a;* Troplong, t. I, n°s 233 et 326).

229. — La même solution nous paraît, d'ailleurs, applicable pour le cas où la condition serait devenue impossible avant le décès du testateur.

La défaillance de la condition casuelle devrait donc rendre le legs caduc (art. 1040).

Tandis que, au contraire, on devrait tenir pour accomplie la condition potestative, dont l'accomplissement serait devenu impossible pour le légataire.

Faudrait-il, dans ce dernier cas, changer la solution, si c'était le testateur lui-même, qui, par son fait, aurait rendu la condition impossible?

Ricard (n° 436) et Furgole (chap. 7, sect. V, n° 144) le pensaient autrefois ainsi, et que, dans ce cas, le legs devrait être déclaré caduc (comp. aussi L. 72, § 7, ff. *De condit. et demonst.;* Pothier, *ad Pandect.*, lib. XXXV, tit. I, n° 24).

Tandis que Cujas professait le sentiment contraire. (*Observ.*, lib. XVII, chap. XXII.)

Quoique Toullier (t. VI, n° 648) ait enseigné encore, sous notre Code, la doctrine de Ricard et de Furgole, nous croyons qu'il serait plus exact de ne voir, en ceci, qu'une question de fait et d'interprétation de volonté, à savoir, si le testateur a voulu ou non sub-

ordonner l'existence du legs à l'accomplissement de la condition par le légataire lui-même (arg. des articles 1040, 1041; comp. Coin-Delisle, *loc. supra*, Bayle-Mouillard, *loc. supra*).

Mais il est clair que cette question n'appartient pas à notre sujet actuel, et qu'elle nous en éloignerait beaucoup, si nous ne nous hâtions d'y rentrer.

230. — Dans les hypothèses qui précèdent, nous avons supposé que la condition, possible d'abord, était devenue impossible ensuite.

Supposons maintenant l'hypothèse inverse, et que la condition, qui, était d'abord impossible, est ensuite devenue possible.

On a enseigné que pour savoir si une condition est obligatoire ou si elle doit être réputée non écrite, il faut uniquement s'attacher à l'état des choses existant et à la législation en vigueur au moment de la confection de la donation, ou, s'il s'agit d'un testament, au moment du décès du testateur (comp. Cass., 23 janv. 1806, Vathaire, Sirey, 1806, I, 174; Chabot, *Quest. transit. concernant les mariages*, § 1, n° 4; Duranton, t. VIII, n°s 115-129; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 3; ajout. Gauthier de La Chapelle, *Encycl. du droit*, v° *Condition*, n° 136).

Notre avis est, en effet, que cette règle est généralement vraie, et que, si la condition est impossible, au moment même où le droit se forme au profit du gratifié, cette condition étant réputée dès ce moment non écrite, le droit se forme pur et simple et se trouve désormais acquis comme tel.

Toutefois, nous croyons qu'il faudrait excepter le cas où la disposition témoignerait d'une volonté contraire de la part du disposant; comme si, par exemple, il s'agissait d'une impossibilité seulement temporaire, dont il devrait, d'après la nature même de cette

condition et les autres circonstances du fait, être présumé avoir voulu que l'on attendît le terme (*supra*, n° 224)

231. — Les principes que nous venons de présenter, en ce qui concerne les conditions dont l'impossibilité n'est que partielle (*supra*, n° 225), ou les conditions alternatives, dont l'une seulement est impossible, tandis que l'autre est possible (*supra* n° 226), et même en ce qui concerne l'époque à laquelle il faut apprécier l'impossibilité de la condition (*supra* n° 230) ces principes, disons-nous, sont généralement applicables, aussi bien qu'aux conditions impossibles, aux conditions illicites, dont nous n'avons encore rien dit, et qu'il nous reste maintenant à examiner.

232. — B. — Dans quels cas une condition doit-elle être considérée *comme contraire aux lois ou aux mœurs*, d'après l'article 900, ou, en d'autres termes, comme *impossible de droit*, comme *immorale* ou *illicite?*

Thèse infiniment vaste et aussi fort délicate!

Il n'y aura, toutefois, aucune difficulté :

1° Si la condition est contraire à un texte de loi formel, à un de ces textes, bien entendu, qui intéressent l'ordre public, et auxquels il n'est pas permis de déroger (art. 6); comme étaient, par exemple, sous le droit intermédiaire, les lois du 5 septembre 1791 et du 17 nivôse an II (*voy.* aussi art. 1388 du Code Napol.; ajout. tous les articles du Code pénal);

2° Si, indépendamment même d'un texte de loi, la condition blesse manifestement ces principes essentiels de morale et d'honnêteté, qui sont de tous les pays et de tous les temps, ces principes que Cujas appelait *les bonnes mœurs naturelles* (*infra*).

233. — Mais, d'une part, il n'est pas nécessaire qu'une condition soit prohibée par un texte de loi

pour être contraire à l'ordre public (arg. des articles 6, 686, 900, 1172, 1388; *voy.* notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application des lois en général*, n° 20).

Et d'autre part, une condition peut être contraire aux mœurs, dans le sens de notre article 900, non-seulement lorsqu'elle blesse les bonnes mœurs *naturelles*, mais aussi lorsqu'elle blesse les bonnes mœurs *civiles*.

Papinien a dit excellemment en ce sens :

« Quæ facta lædunt *pietatem*, *existimationem*, *vere-* « *cundiam nostram*, et ut generaliter dixerim, contra « bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum « est » (L. 16, ff. *De condit. instit.*).

Et c'est de là que Cujas a déduit cette règle, qui est toujours vraie :

« *Non tantum intelligimus contra bonos mores natu-* « *rales, sed etiam contra civiles.* » (*Quest. Papin.*, lib. XVI, *ad leg.*, 15, ff. *De condit. inst.*)

233 *bis.* — Or, il est facile d'apercevoir combien d'éléments divers peuvent se trouver engagés dans une thèse semblable.

Deux sortes de considérations, en effet, les unes générales, les autres particulières, y jouent le plus souvent un rôle décisif.

Et d'abord, on ne saurait méconnaître que cet ordre de questions ne soit soumis à l'influence toute-puissante de l'état politique et social du pays, de ses mœurs, de ses croyances, de ses idées, de tout ce courant enfin, qui n'entraîne pas toujours la société dans la même direction, ni avec une force uniformément égale.

En second lieu, les faits particuliers de chaque espèce, la position des parties, leurs qualités respectives, la nature de la condition, l'intention surtout qui l'a inspirée et le but spécial qu'elle se propose, le

milieu enfin dans lequel ces sortes de questions s'élèvent avec des caractères si différents et un si grand nombre de nuances diverses, tout cela reflète sur la condition elle-même des aspects divers; à ce point qu'il n'est pas impossible que telle condition, qui en soi, et absolument, serait regardée comme illicite, paraisse licite dans le cadre où elle a été placée; tandis qu'en sens contraire, telle condition, qui, absolument et en soi, serait regardée comme licite, pourrait paraître illicite à raison des circonstances qui l'accompagnent.

Pourquoi n'ajouterions-nous pas que ces questions sont encore subordonnées à une autre sorte d'influence, toute-puissante aussi ! au caractère, aux opinions, à la fermeté plus ou moins arrêtée des principes, à l'austérité plus ou moins grande, à la délicatesse enfin et à la susceptibilité plus ou moins vive des sentiments et des impressions de ceux qui sont appelés à les résoudre.

Aussi, serait-ce, à notre avis, une témérité que de prétendre y appliquer, *a priori*, une solution absolue et invariable.

234. — Il est vrai que les lois des 5 septembre 1791, 5 brumaire et 17 nivôse an II, avaient expressément résolu quelques-unes de ces questions, et même les plus importantes et les plus fréquentes.

Mais nous avons remarqué que ces lois transitoires avaient été déterminées par des motifs politiques (*supra*, n° 198).

Elles sont d'ailleurs abrogées aujourd'hui par l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, qui abroge, en effet, toutes les lois antérieures sur les objets, dont le Code Napoléon s'occupe.

Or, l'article 900 du Code Napoléon s'occupe des conditions contraires aux lois ou aux mœurs, qui

peuvent se rencontrer dans les donations entre-vifs et dans les testaments; et il se borne à les déclarer non écrites, sans les spécifier, sans les définir, laissant par conséquent aux magistrats le soin d'apprécier, dans chaque affaire, si telle ou telle condition mérite effectivement ce reproche (comp. Merlin, *Répert.* v° *Condition*, sect. II, § 5, art. 4; Grenier t. I, n° 157; Toullier, t. III, n° 250; Duranton, t. VIII, n° 106; Troplong, t. I, n° 244; *voy.* toutefois Bruxelles, 6 mai 1809, Sirey, 1809, II, 341).

Et les auteurs du Code Napoléon ont donné certainement, en cela, une grande preuve de discernement et d'expérience.

235. — En faut-il conclure que les décisions judiciaires qui sont rendues sur la question de savoir si une condition est licite ou illicite, ne doivent être considérées que comme des décisions en point de fait, qui ne sauraient donner ouverture à la cassation ?

On l'a décidé ainsi (comp. Cass., 11 nivôse an IX, Sirey, 1, I, 386; Gauthier de La Chapelle, *Encycl. du droit*, v° *Condition*, n° 139).

Et cette doctrine nous paraît généralement exacte.

Mais pourtant il ne faudrait pas non plus l'entendre d'une manière absolue; il peut arriver, en effet, que, même dans ces sortes de décisions, il se rencontre une violation ou une fausse application d'un texte de loi; et il est clair que, lorsqu'il en est ainsi, elles peuvent aussi encourir la cassation (comp. Cass., 20 avril 1858, Crémieux, Dev., 1858, I. 589).

236. — Les conditions illicites ont, en général, ce caractère qu'elles tendent, soit à gêner, dans la personne du donataire ou du légataire, l'exercice d'une faculté de droit public, soit à le détourner de l'accomplissement d'un devoir ou à le pousser à l'accomplissement d'une action malhonnête.

Nous allons parcourir celles de ces conditions, qui dans l'état des mœurs et des habitudes de notre société, se présentent le plus ordinairement; et nous essayerons de leur donner, en thèse générale, la solution qui nous paraîtra la meilleure, sous la réserve que nous venons de faire des circonstances générales ou particulières qui seraient de nature à modifier, suivant les cas, cette solution (*supra*, n° 233).

237. — Que l'on doive considérer comme illicite la condition imposée au donataire ou au légataire de ne pas exercer ses droits civiques ou politiques, cela ne paraît pas contestable (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Condition*, sect. II, § 5, art. 5; Toullier, t. V, n° 266; Duranton, t. VIII. n° 139; Vazeille, art. 900, n° 24; Gauthier de La Chapelle, *loc.*, *supra cit.*, n° 165; Demante, t. III, n° 16 *bis*, VI).

238. — Il faut en dire autant de la condition qui tendrait à empêcher le gratifié d'exercer ses droits ou de remplir ses devoirs de famille, la puissance maritale, la puissance paternelle, la tutelle, etc. (*voy.* art. 6, 1388; comp. notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application des lois en général*, n° 17; L. 4, Cod, *de Instit. et substit.;* Ricard, n° 239; Merlin, *Répert.*, *loc. supra cit;* Demante, *loc. supra cit*).

238 *bis.* — C'est ainsi que la condition imposée au donataire ou au légataire de ne pas émanciper son enfant, serait regardée comme illicite.

Mais faudrait-il, au contraire, regarder comme licite la condition de l'émanciper?

On a enseigné l'affirmative, et que cette distinction résultait de la loi 92 au *Digeste, De conditionibus et demonstrationibus* (comp. Duranton, t. VIII, n° 142; Gauthier de La Chapelle, *Encycl. du droit*, v° *Condition*, n° 175; Saintespès-Lescot, t. I, n° 142).

La distinction ainsi formulée serait, à notre avis,

trop absolue; le plus qu'on pourrait dire, c'est que cette question serait subordonnée aux circonstances du fait; comme si, par exemple, il était de l'évident intérêt de l'enfant que l'émancipation lui fût accordée pour qu'il se mît à la tête d'un établissement, que le disposant lui aurait légué.

239. — Les conditions relatives à la faculté de se marier sont au premier rang de celles que l'on rencontre le plus souvent dans la thèse qui nous occupe; et elles s'y présentent, en effet, en nombreux cortége, avec une foule de variétés :

La condition : — de ne pas se marier du tout ; — de ne pas se marier avec telle ou telle personne; — de ne pas se marier sans le consentement d'un tiers; — de ne pas se remarier; — de se marier; — de se marier avec une personne désignée, etc. (comp. Chabot, *Quest. transit.*, v° *Condit. concernant les mariages;* Mauguin, *Dissertation sur les clauses prohibitives de mariage*, Sirey, IX, 2, 345; Rolland de Villargues, v° *Condition de ne pas se marier.*)

Nous allons les reprendre rapidement.

240. — Et d'abord nous croyons qu'il faut considérer comme illicite la condition absolue de ne pas se marier, *de non nubendo, ... si non nupserit,* sans distinguer si elle est imposée à un homme ou à une femme.

Telle était la législation romaine (L. 22, ff. *De condit. et demonst.*).

On a dit que cette législation avait eu, pour décréter ce principe, « un motif politique, qui n'existe « plus aujourd'hui au même degré; qu'elle avait à lut- « ter contre la dépopulation, qui avait suivi les guerres « civiles, et contre le goût exagéré du célibat, dont « Rome était infectée. » (Troplong, t. I, n° 237.)

Et quelques-uns ont, en effet, pensé que la condi-

tion absolue de ne point se marier, ne devait point être regardée comme illicite dans nos mœurs françaises. (comp. Favard, *Répert.*, v° *Donation entre-vifs*, sect. I, § 2; Chardon, *du Dol et de la fraude*, t. III, n°s 597 et suiv.)

Mais le sentiment contraire est généralement admis; et avec raison, suivant nous.

Il était aussi celui de nos anciens jurisconsultes français (comp. Ricard, n° 263; Furgole, n° 54).

C'est que, tout en reconnaissant que l'état politique et social de Rome avait inspiré au législateur romain certaines dispositions spéciales pour exciter les citoyens au mariage et pour défendre ce qui pourrait les en détourner, il faut ajouter que la condition dont il s'agit, la condition absolue de ne pas se marier, constitue, indépendamment des circonstances variables des pays et des époques, une condition illicite, puisque en même temps qu'elle défend le mariage, qui est la base de l'État, elle peut porter dans la voie des déréglements et du désordre ceux dont elle enchaîne ainsi la liberté (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Condit.*, sect. II, § 5, art. 4, et *Quest. de dr.*, *eod. verb.*, § 1; Toullier, t. III, n° 226; Delvincourt, t. III, p. 529, note 4; Duranton, t. VIII, n° 128; Marcadé, art. 900, n° 111; Demante, t. III, n° 16 *bis*, VI; Grenier, t. I, n° 155; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 177; Aubry et Rau, t. VI, p. 3; Coin-Delisle, art. 900, n° 30; Gauthier de La Chapelle, *Encycl.*, v° *Condit.*, n° 140; Saintespès-Lescot, art. 900, n° 126).

Nous excepterions pourtant le cas où la personne à laquelle la condition serait imposée, aurait atteint, comme dit Taulier (t. IV, p. 323), cette époque de la vie où la société et la nature n'invitent plus au mariage (comp. Paris, I, avril 1862, Hervé, Dev., 1862, II, 145).

A moins que, dans ce dernier cas même, le mariage

ne fût, de la part de cette personne, un devoir de réparation ; comme si elle avait eu des enfants naturels, que les lois de la morale et de l'honneur l'obligeraient de légitimer (*infra*, n° 249).

241. — Il faudrait excepter aussi le cas où la libéralité ne renfermerait pas, en effet, la condition de ne pas se marier et n'aurait pas pour but de détourner du mariage.

Comme si, par exemple, une rente ou une pension avait été léguée à une personne *pour durer tant qu'elle resterait célibataire*, afin de l'aider, *tant qu'elle ne serait pas mariée*, à subvenir à ses besoins (comp. Liége, 8 janv. 1806, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, 2, II, 104 ; Rolland de Villargues, v° *Condit. de ne pas se marier*, n° 8 ; Troplong, t. I, n° 237).

241 *bis*. — M. Gauthier de La Chapelle, en adoptant la solution qui précède, ajoute qu'elle ne doit être admise qu'avec une grande réserve (*loc. supra cit.*, n° 149).

Il est vrai de reconnaître, en effet, que la formule, que nous venons de présenter, a été souvent employée sous l'empire des lois intermédiaires, afin précisément d'éluder les dispositions de ces lois, qui déclaraient nulles les conditions, au moyen desquelles l'époux donateur voulait retenir l'époux donataire dans le veuvage et l'empêcher de se remarier (*supra*, n° 198). C'est ainsi que le mari prémourant léguait à sa femme survivante un usufruit ou une rente viagère *jusqu'à ce qu'elle se remarie...; ou jusqu'à ce que, en se remariant, elle acquière par là des moyens d'existence...; ou jusqu'à ce qu'elle change de nom*, etc.

Au fond, sans doute, ce que le testateur avait voulu, c'était d'empêcher sa veuve de se remarier et que sa libéralité fût révoquée, si elle se remariait ; et dans la réalité, la disposition telle qu'il l'avait faite, atteignait

ce but indirectement (*voy.* L. 62, § 2, ff. *De condit. et demonst.*).

Mais, pourtant, il est incontestable qu'un legs d'usufruit ou de rente viagère peut être fait pour ne durer que jusqu'à un temps, certain ou incertain; or, tel était, en définitive, le caractère du legs, qui avait été fait par l'époux prémourant à l'époux survivant; et on pouvait, en conséquence, y voir tout aussi bien un legs fait seulement jusqu'à un terme incertain qu'un legs sous la condition de ne pas se remarier (comp. Paris, 18 nivôse an XII, Lecherme, Sirey, IV, 2, 104).

Il faut ajouter que ces lois intermédiaires, dans leurs prohibitions absolues et cassantes, étaient véritablement excessives, et qu'il était arrivé par suite que la jurisprudence se montrait facile à maintenir les clauses, qui ne rentraient pas littéralement dans leur texte, lors même qu'il paraissait qu'elles avaient eu pour but de l'éluder.

On avait même été très-loin, et, selon nous, trop loin peut-être dans cette voie, en décidant, dans l'espèce d'un legs d'usufruit fait par un mari à sa femme *sous la condition qu'elle ne passerait pas à de secondes noces, sinon que le legs serait révoqué du jour du convol*, que cette condition n'avait pas eu pour but de lui interdire de contracter un nouveau mariage, mais seulement de lui faire perdre le bénéfice du legs, pour le cas où elle se remarierait, et qu'il fallait l'entendre comme si le mari avait dit : je lègue à ma femme la jouissance de mon bien, *tant qu'elle restera en viduité* (comp. Lyon, 18 nov. 1813, Sirey, 1813, II, 221). Cette décision nous aurait paru contestable, même sous l'empire des lois intermédiaires; aussi la Cour de Toulouse a-t-elle prononcé, dans une espèce semblable, une décision contraire (18 juill. 1822, Sirey, 1823, I, 246).

Quoi qu'il en soit de ces arrêts, qui ont été rendus sous l empire des lois intermédiaires, il y a un principe qui nous paraît permanent, c'est qu'il ne faut pas confondre absolument les dispositions faites sous la condition et dans le but d'empêcher le donataire ou le légataire de se marier, avec celles qui, sans se proposer ce but, se bornent à limiter l'effet de la libéralité à l'époque où le donataire ou légataire se mariera.

Il est remarquable que le Code civil de Sardaigne a consacré cette distinction dans un article exprès, l'article 822, qui est ainsi conçu :

« Toute condition qui empêcherait quelqu'un de se « marier ou de se remarier est contraire à la loi.

« *Toutefois, celui à qui on aura légué un usufruit,* « *un droit d'usage ou d'habitation, une pension ou autre* « *redevance périodique, dans le cas où il serait célibataire ou veuf, ou pour le temps qu'il resterait tel, ne* « *pourra en jouir que pendant le temps de son célibat ou* « *de sa viduité....* » (Cod. civ. du royaume de Sardaigne, avec une Introd. de M. Portalis, t. II, p. 224).

C'est à l'expérience des magistrats qu'il appartient de discerner ces nuances, qui, pour être délicates, n'en sont pas moins réelles (comp. Duranton, t. VIII, n° 129; Coin-Delisle, art. 900, n° 45 ; *infra*, n° 320; D., *Rec. alph.*, h. v., n°s 150, 151).

242. — Il faudrait, par les mêmes motifs, considérer comme illicite la condition qui serait imposée à un donataire ou à un légataire de ne point établir par mariage une personne placée sous sa puissance.

Par les mêmes motifs, disons-nous, et en outre, parce qu'elle porterait une atteinte aux droits ou plutôt aux devoirs de la puissance paternelle! (*supra*, n° 238; comp. L. 79, § 4, ff. *De condit. et demonst.*; Toullier, t. III, n° 256 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 4).

243. — Mais, au contraire, nous pensons que l'on

doit considérer comme licite la condition de ne pas se marier avant un certain temps, en supposant, bien entendu, que ce temps ou ce délai soit raisonnable et ne dégénère point, à raison de sa durée relative, en une prohibition indéfinie.

Objectera-t-on que pourtant voilà la liberté du donataire et du légataire entravée, cette liberté inaliénable de se marier !

Il est vrai qu'elle est entravée dans une certaine mesure; et c'est là évidemment l'effet de toute condition, de gêner, un peu plus ou un peu moins, la liberté de celui auquel elle est imposée.

Mais la question est de savoir si cette gêne momentanée et accidentelle est assez grave pour qu'une telle condition doive toujours être considérée comme illicite.

Or, la solution affirmative serait, à notre avis, excessive; on peut concevoir plus d'une circonstance, d'âge, de santé, de fortune, etc., qui ferait raisonnablement et légitimement souhaiter qu'une personne ne se mariât point avant un certain temps; et si cette condition peut être raisonnable et légitime, comment se pourrait-il qu'elle dût être considérée comme illicite ! (comp. L. 72, § 5, ff. *De condit. et demonstr.*; Duranton, t. VIII, n° 219; Coin-Delisle, art. 900, n° 21; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 701, note *a*).

244. — Quant à la condition de ne point se marier sans le consentement d'un tiers, *sine arbitrio Titii*, les jurisconsultes romains la considéraient comme illicite. (L. 72, § 4, ff. *De condit. et demonstr.*).

Telle était aussi la doctrine de nos anciens auteurs français, qui rapportent même un arrêt du parlement de Provence du 10 octobre 1675, d'après lequel la condition imposée à un fils par son père de ne se marier qu'avec le consentement de son oncle, avait été

déclarée nulle (comp. Boniface, IV, 5, 1, 6; Furgole VII, 2, 59).

Et cette doctrine est encore, avec raison, suivant nous, généralement admise (comp. Paris, 7 juin 1849, Stacpoole, Dev., 1849, II, 406; *voy.* pourtant Cass., 5 avril 1836, Grange, Dev., 1836, I, 563; Toullier, t. III, n° 258; Duranton, t. VIII, n° 121; Coin-Delisle, art. 900, n° 34; Vazeille, art. 900, n° 34; Gauthier de La Chapelle, *Encycl. du dr.*, v° *Condit.* n° 141; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 4; Massé et Vergé, t. III, p. 178).

245. — Nous supposons, bien entendu, une condition qui subordonnerait le mariage du donataire ou légataire à la volonté absolue du tiers désigné; *ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur.* (L. 72, citée *supra.*)

Mais notre solution serait différente, si la condition ne lui imposait que le devoir de prendre le conseil et d'écouter les remontrances de ce tiers, sans le soumettre à son *veto*, et sans enchaîner sa liberté. (Comp. Basnage, *des Donations*, sur l'article CCCCXXXI de la Cout. de Normandie; Troplong, t. I, n° 241.)

246. — Bien plus! lors même que la condition serait telle qu'elle soumettrait absolument le gratifié à obtenir, pour son mariage, le consentement du tiers désigné, nous croyons qu'elle ne devrait pas être considérée comme non écrite, si ce tiers était l'un de ses ascendants.

Car la loi elle-même exige que l'enfant demande toujours le consentement de ses ascendants pour se marier; et s'il est vrai qu'il puisse, à un certain âge, passer outre à la célébration de son mariage, malgré leur refus, après leur avoir adressé des actes respectueux, on ne saurait en induire qu'elle approuve l'enfant qui tient une telle conduite! La condition qui

a pour but de le maintenir dans les sentiments de soumission filiale, de resserrer les liens de la famille et de la discipline domestique, d'empêcher enfin l'enfant, la fille surtout, de contracter un mariage qui ferait son malheur et la désolation de ses parents, une telle condition ne saurait, à notre avis, être considérée comme illicite! (comp. Bordeaux 15 fév. 1849, de Saint-Garraud, Dev., 1849, II, 667; Coin-Delisle, art. 900, n° 34; Saintespès-Lescot, art. 900, n° 127; Gauthier de La Chapelle, *loc. supra*, n° 141).

247. — Pourquoi ne dirions-nous pas aussi qu'une condition, qui soumettrait le gratifié à l'obligation de ne point se marier sans le consentement d'un tiers désigné, serait valable, lors même que ce tiers ne serait pas l'un de ses ascendants, mais un de ses oncles ou tout autre, si d'ailleurs cette condition ne lui était imposée que pour une certaine durée de temps raisonnable et suffisamment limitée.

Si, en effet, on peut imposer au gratifié la condition de ne pas se marier du tout pendant un certain temps (*supra* n° 243), comment ne pourrait-on pas, *a fortiori*, lui imposer l'obligation de ne se marier pendant un certain temps, qu'avec le consentement d'un tiers? et il est facile, en effet, de supposer des circonstances dans lesquelles une telle condition serait, de la part du disposant envers le gratifié, un acte de prudente et de prévoyante tendresse! (comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 701, note *b*).

248. — Nos anciens n'avaient pas vu non plus une restriction assez grave à la liberté du mariage, pour la réputer non écrite, dans la condition imposée au gratifié de ne point se marier avec une certaine personne, ou même dans une certaine classe de personnes désignées.... *cum alii cuilibet satis commode possit nu-*

bere, disait Gaius (L. 62, § 2, ff. *De condit. et de monstr.*)

Ce que Ricard traduisait, en disant que, *dans cette espèce, la liberté demeure amplement au légataire de contracter mariage, conformément à son inclination* (n° 255; ajout. Furgole, chap. VII, sect. II, n° 57).

Cette solution nous paraîtrait encore généralement exacte (comp. Poitiers, 14 juin 1838, P..., Dev., 1838, II, 373; Toullier, t. III, n° 258; Duranton, t. VIII, n° 121; Coin-Delisle, art. 900, n° 34; Troplong, t. I, n° 240; *voy.* néanmoins Bruxelles, 6 mai 1809, François, Sirey, 1809, II, 341; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et testam.*, n°s 133, 134).

249. — On exceptait, toutefois, dans notre ancien droit, le cas où le légataire aurait été obligé par quelque devoir légal ou même seulement de conscience et d'honneur d'épouser la personne avec laquelle la condition lui imposait l'obligation de ne pas se marier; et alors on tenait cette condition pour non écrite; comme si, par exemple, il s'agissait d'une femme avec laquelle le légataire avait eu des relations antérieures, surtout lorsqu'un enfant était issu de ces relations (comp. Ricard et Furgole, *loc. cit.*).

Et nous croyons que cette exception devrait aussi être admise dans notre droit nouveau, s'il était reconnu, soit que le donataire ou le légataire est engagé, en conscience, à épouser la personne que la condition lui imposerait l'obligation de délaisser, soit que l'intérêt de son propre honneur exige impérieusement ce mariage; c'est ainsi qu'il pourrait y avoir lieu de réputer non écrite la condition, qui imposerait à une femme l'obligation de ne point épouser l'homme qui l'a rendue enceinte. (*Voy.* l'arrêt de la Cour de Bruxelles précité.)

Mais dans quels cas existera, pour le légataire, cette

nécessité morale d'épouser la personne, que la condition lui défend d'épouser? Question de fait très-délicate, dont la solution dépendra de la réputation de cette personne, de sa conduite antérieure, de son âge, de sa profession, et même aussi de sa condition sociale comparativement à l'autre, et de toutes ces convenances diverses, qui gouvernent, elles aussi, la société! (comp. Coin-Delisle, art. 900, n° 32; Rolland de Villargues, *loc. supra cit.*, n° 11; Troplong, t. I, n°s 238 et 239; Gauthier de La Chapelle, *Encyclop. du droit*, v° *Condition*, n° 144).

250. — La condition de ne pas se remarier ou de garder viduité imposée à un veuf ou à une veuve, est l'une de celles qui a toujours soulevé le plus de dissidences.

Elle avait, toutefois, fini, après plusieurs variations, par être considérée comme licite dans le dernier état du droit romain (*voy.* Nov., XXII, cap. XXIII et XLIV).

Et cette solution avait été aussi généralement admise en France, non-seulement dans les pays de droit écrit, mais encore dans les pays coutumiers (comp. Cass., 20 janv. 1806, Vathaire, Sirey, 1806, I, 161; Ricard, n° 245; Furgole, n° 60; Merlin, *Repert.*, v° *Condition*, sect. II, § 5, art. 4).

Mais on ne s'accorde pas aujourd'hui sur ce point; et trois opinions sont en présence:

A. — La première opinion déclare toujours illicite la condition absolue de ne pas se remarier, comme la condition absolue de ne pas se marier (*supra*, n° 240; comp. D., *Rec. alph.*, v° *Dispositions entre-vifs*, n°s 150 et suiv.; Pezzani, n° 135; Taulier, t. IV, p. 323).

B. — D'après la seconde opinion, il faut distinguer; et on a proposé, en effet, deux distinctions différentes:

Les uns ont dit que la condition de ne pas se remarier n'était licite que lorsqu'elle était imposée à un veuf ou à une veuve ayant des enfants, soit par son époux, soit par les parents de celui-ci (comp. Limoges, 31 juill. 1839, Beauvit, D., *Rec. alph.*, h, v., n° 158; Duranton, t. VIII, n° 628 ; Vazeille, art. 900, n° 5 ; Demante, t. III, n° 16 *bis*, VI).

Tandis que, d'après les autres, cette condition devrait être regardée comme licite, lors même qu'elle serait imposée à un veuf ou à une veuve qui n'aurait pas d'enfant, si, dans ce dernier cas, elle lui était imposée par son conjoint (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 4).

C. — Enfin, la troisième opinion enseigne que la condition de ne pas se remarier peut être regardée comme licite, sans distinction, soit qu'elle ait été imposée à un veuf où à une veuve ayant ou n'ayant pas d'enfant, soit qu'elle lui ait été imposée par son conjoint, par l'un des parents de son conjoint, ou même par un tiers; et cette dernière opinion nous paraît la plus vraie.

D'abord, que la condition de garder viduité puisse être imposée, dans tous les cas, par l'époux prémourant à l'époux survivant, cela nous paraît certain, et non-seulement par le mari à sa femme, mais encore par la femme à son mari. Chacun sent, dans son âme, les légitimes motifs de tendresse et de susceptibilité qui peuvent dicter une telle condition au prémourant, et qu'il est légitime, en effet, qu'il ne veuille pas que sa libéralité serve de dot à un nouveau mariage!

Nous croyons aussi que cette condition est licite, lorsqu'elle est imposée à un veuf ou à une veuve qui a des enfants, soit par l'un des parents de son conjoint, soit même par un tiers.

Et même, il serait excessif, suivant nous, de déclarer d'avance toujours non écrite la condition qu'un

tiers, l'ami, par exemple, le plus dévoué du mari prédécédé, aurait imposée à la veuve survivante, lors même qu'elle n'aurait pas d'enfant, de ne pas convoler à de nouvelles noces et de conserver le nom que son mariage lui a donné. Du moins faut-il convenir que ce serait là une question à résoudre d'après les circonstances, notamment d'après le temps plus ou moins long pendant lequel le mariage aurait duré, l'âge du veuf ou de la veuve, etc. (comp. Bruxelles, 20 mai 1807, Mengers, Sirey, 1807, II, 308; Lyon 18 nov. 1813, Ducoin, Sirey, 1815, II, 221 ; Colmar, 8 août 1819, Conté, Sirey, 1820, II, 34; Cass., 18 juill. 1822, Furbeyre, Sirey 1823, II, 246; Toulouse, 25 avril 1826, Carayon, D., 1827, II. 19 ; Cass., 24 janv. 1828, Desroirs, D., 1828, I, 105; Lyon, 22 déc. 1829, Chapelout, D., 1840, II, 63; Rouen, 16 juill. 1834, Tissier, D., 1835, II, 39 ; Poitiers, 14 juillet 1835, P..., Dev., 1838, II, 373; Montpellier, 15 janv. 1839, Liense, D., *Rec. alph.*, h. v., 159; Paris, 21 déc. 1844, Lamothe, Dev., 1845, II, 454; Douai, 11 janv. 1848, Gatineau, D., 1849, II, 1848; Toullier, t. III, n° 250 ; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 409; Coin-Delisle, art. 900, n° 39 ; Poujol, art. 900, n° 18 ; Saintespès-Lescot, t. I, n° 135 ; Troplong, t. I, n° 248 ; Gauthier de La Chapelle, *loc. supra*, n°s 150, 151 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 178, 179).

Telle est aussi la doctrine que la Cour de Montpellier a consacrée, dans une espèce qui offrait cette singularité toute nouvelle, que la condition de ne pas se remarier avait été imposée par un fils à sa mère (14 juill. 1858, Cros, Dev., 1859, II, 305 ; et les Observations de M. Labbé, *h. l.*, note 1).

250 *bis.* — Le donataire ou le légataire auquel la condition de ne pas se remarier aurait été imposée, sous peine d'être déchu de la libéralité, devrait-il en-

courir cette déchéance, s'il vivait dans un état de concubinage?

Notre ancienne jurisprudence paraît bien l'avoir décidé ainsi (comp. Furgole, *des Testam.*, chap. v, sect. v, n° 58).

Mais cette doctrine serait, suivant nous, inadmissible aujourd'hui; et nous en avons dit ailleurs, déjà, les motifs en établissant que la mère veuve ne perd pas, dans ce cas, l'usufruit légal des biens de ses enfants. (*Voy.* notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 565). Notre honorable collègue, M. Labbé, remarque aussi, fort justement (*loc. supra cit.*), que l'esprit de notre législation, qui montre, en ceci, beaucoup de sagesse, est d'éviter le plus possible, les recherches scandaleuses et inquisitoriales dans la conduite privée (comp. Douai, 11 janv. 1848, Gatineau, Dev., 1848, II, 437).

251. — Nous venons de parler de conditions qui tendent à détourner du mariage.

Que faut-il penser maintenant de celles qui ont, au contraire, pour but d'y exciter le donataire ou le légataire?

Et d'abord, la condition absolue de se marier serait-elle licite?

Quoique Demante enseigne la négative (t. III, n° 16 *bis*, VI), nous répondrons affirmativement. Telle était déjà l'ancienne doctrine. « Le mariage est une chose sainte, disait Furgole; les conditions qui y invitent ne doivent pas être rejetées » (n° 72); et c'est là encore ce qui est généralement admis.

Il n'en serait autrement que dans le cas particulier, où cette condition serait imposée à une personne, qui ne pourrait pas contracter mariage sans violer ses devoirs aussi les plus saints; comme, par exemple, à un prêtre catholique.

252. — On s'accorde, et très-justement, à notre avis, à considérer comme licite la condition imposée au donataire ou au légataire de se marier avec une certaine personne désignée.

Il est vrai que le sentiment contraire a été soutenu (comp. Bastia, 2 juin 1828, Rousseau, D., 1828, II, 250; D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs*, chap. I, n° 137; Taulier, t. IV, p. 323).

Mais nous n'apercevons pas ce qu'il peut y avoir d'illicite dans une condition qui n'est autre, après tout, que celle qui caractérise toutes les libéralités faites en faveur de mariage! (arg. de l'article 1088; comp. L. 31, 63, 51, et 71, ff. *De condit. et demonst.*; Mantica, XI, 18, 2; Ricard, n° 258; Furgole, n° 72; Delvincourt, t. II, p. 229, note 3; Coin-Delisle, article 900, n° 35; Saintespès-Lescot, t. I, n° 132).

253. — Il faudrait toutefois excepter de la solution, qui précède, le cas où le mariage serait prohibé entre le donataire ou le légataire et la personne désignée (*supra*, n° 251).

Et encore, serait-il nécessaire que la prohibition fût perpétuelle et absolue, comme serait, par exemple, la parenté ou l'alliance à un degré tel qu'aucune dispense ne fût permise.

Mais la solution ne serait plus la même, s'il ne s'agissait que d'un empêchement temporaire ou susceptible d'être levé par des dispenses.

C'est ainsi que la condition d'épouser une personne encore impubère impliquerait elle-même, en général, cette autre condition tacite d'attendre l'époque de sa puberté ou de demander une dispense d'âge (art. 145; comp. Toullier, t. III, n° 253).

254. — De même que la condition imposée au gratifié d'épouser une personne qu'il ne pourrait épouser qu'en vertu de dispenses pour cause de pa-

renté ou d'alliance, impliquerait la condition tacite de faire tout ce qui dépendrait de lui pour obtenir ces dispenses.

Nous devons dire, toutefois, que cette doctrine, déjà fort controversée dans notre ancien droit, divise encore aujourd'hui les opinions.

D'après Furgole (nos 78, 79), et Bourjon (Ve part. *des Testam.*, chap. IX, n° 42), cette condition était illicite; et telle paraît avoir été la jurisprudence du parlement de Toulouse; tandis que Ricard, au contraire, la tenait pour valable (n° 262); et ce sentiment était aussi celui de Pothier, si scrupuleux pourtant! (*Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 64).

Il y en avait quelques-uns qui distinguaient entre les degrés plus ou moins rapprochés de parenté, pour lesquels les dispenses étaient possibles.

La doctrine de Furgole et de Bourjon a encore trouvé des partisans dans notre droit nouveau (comp. Delvincourt, t. II, p. 60, note 3; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Condition*, § 1).

Mais, en vérité, comment serait-il possible de déclarer illicite une condition qui est reconnue par la loi, et dont la loi elle-même, en effet, a organisé les moyens de procurer l'accomplissement régulier!

Nous ne sommes nullement touché de l'argumentation de Furgole, qui disait que c'est au moment même de la mort du testateur qu'il faut considérer si la condition est illicite, sans tenir compte des événements qui peuvent survenir depuis; nous admettons aussi ce principe (*supra*, n° 230); mais nous répondons que, précisément, au moment de la mort du testateur, cette condition n'était pas illicite puisqu'elle imposait au légataire l'obligation très-licite de solliciter des dispenses.

Cette condition d'ailleurs a pu être inspirée au dis-

posant par des motifs très-sérieux et très-légitimes, par le désir peut-être de conserver ses biens dans sa famille, d'y prévenir des procès fâcheux, de donner un protecteur de son choix à l'une de ses parentes, etc. Il se peut, il est vrai, qu'elle blesse certains scrupules personnels du gratifié; mais alors qu'il refuse la libéralité! Nous croyons donc qu'il ne la peut accepter qu'à la charge de demander des dispenses, et que la condition ne serait réputée non écrite qu'autant que les dispenses seraient refusées (comp. Chabot, *Quest. transit.*, v° *Condit. concern. les mariag.*, p. 122; Toullier, t. III, n° 252; Duranton, t. VIII, n° 125; Coin-Delisle, art. 900, n° 38; Poujol, art. 900, n° 17; Saintespès-Lescot, art. 900, n° 17; Troplong, t. I, n° 247; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 5; Massé et Vergé, t. III, p. 179).

255. — A la solution générale que nous avons présentée, et d'après laquelle la condition d'épouser une personne désignée est licite (*supra* n° 252), on a toujours aussi apporté une autre exception; et l'on a enseigné que cette condition devrait être, au contraire, regardée comme illicite, si la personne désignée était indigne, flétrie, par exemple, d'une condamnation judiciaire, ou si elle était de mœurs déshonnêtes, etc., (comp. L. 63, § 1, ff. *De condit. et demonstr.*; Furgole, n° 71; Ricard, n° 261; Mantica, XI, 18, 5).

Et tel est aussi le sentiment général des auteurs modernes (comp. Toullier, t. III, n° 251; Grenier, t. I, n° 155; Duranton, t. VIII, n° 125; Coin-Delisle, art. 900, n° 35; Saintespès-Lescot, t. I, n° 132; Troplong, t. I, n° 245; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 179; Aubry et Rau, t. VI, p. 5; Gauthier de La Chapelle, *loc. supra cit.*, n° 145).

Mais cette doctrine nous paraît exiger, dans l'application, beaucoup de discernement et de mesure. Il

se peut que le disposant ait été déterminé par des considérations très-légitimes, et que le but lui-même qu'il se propose, soit moral et honnête; comme si, par exemple, ayant une parente, une nièce de mœurs déréglées, il avait voulu l'arracher au désordre, en faisant une libéralité à un jeune homme sous la condition de l'épouser. On aperçoit que ce n'est pas seulement l'intérêt du donataire ou du légataire qui est ici engagé; mais que le disposant lui-même a un intérêt, très-avouable certes, à l'exécution de la condition, et que cette exécution concerne aussi, au premier chef! la personne désignée pour le mariage. Il nous paraîtrait donc, en cas pareil, bien difficile d'admettre que le donataire ou le légataire pût obtenir la libéralité, sans remplir la condition (comp. Troplong, *loc. supra*).

Cela nous paraîtrait surtout impossible dans le cas où le donataire ou le légataire ne se fonderait que sur l'inégalité du rang social, et, comme disait Furgole (n° 71), *sur la disproportion du sujet!*

256. — Puisque nous considérons comme licite la condition de se marier avec une personne déterminément désignée, à plus forte raison devons-nous regarder comme telle la condition de se marier avec une personne appartenant à une certaine classe ou catégorie; car la liberté du donataire ou du légataire est alors encore bien moins gênée.

Et voilà pourquoi nous pensons qu'il faudrait, en effet, tenir généralement pour licite la condition de se marier : soit avec une personne d'un lieu déterminé (L. 64, § 1, ff. *De condit. et demonstr.*); soit avec une personne noble ou non noble; soit avec une personne professant telle ou telle croyance religieuse.

257. — Ces deux dernières déductions toutefois ont soulevé des dissidences.

C'est ainsi que plusieurs jurisconsultes ont déclaré illicite la condition de n'épouser qu'une personne noble, un baron, un comte, etc. (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Condition*, sect. II, § 5; Duranton, t. VIII, n° 126; Vazeille, art. 900, n° 9; Poujol, art. 900, n° 16; Marcadé, art. 900; D., *Rec. alph.*, h. v., n° 141).

Il est vrai qu'un arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1813 a déclaré non écrite la condition d'épouser une personne issue de *famille chapitrale* (de Loos, Sirey, 1813, I, 275).

Mais, quoi qu'il en soit de cette décision, qui a été rendue à l'époque de la pleine vigueur des lois abolitives de l'ancienne noblesse, nous ne croirions pas qu'elle dût faire jurisprudence aujourd'hui. Les motifs qui ont inspiré cette condition au disposant, peuvent être sans doute de diverses sortes, plus ou moins graves ou frivoles; mais il nous paraîtrait impossible de la considérer comme illicite, dans un pays où les titres de noblesse sont reconnus; de la considérer, disons-nous, comme illicite, du moins lorsqu'en raison des circonstances de lieu, de temps et de personnes, où elle aura été imposée, elle devra être considérée comme sérieuse (comp. Toullier, t. III, n° 254; Coin-Delisle, art. 900, n° 36; Saintespès-Lescot, t. I, n° 133; Troplong, t. I, n° 238; Gauthier de La Chapelle, *loc. supra*, n° 146; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 702, note *b;* Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 179).

258. — C'est ainsi encore que l'on a enseigné qu'il fallait considérer comme non écrite la condition imposée au donataire ou au légataire d'épouser une personne professant une religion autre que la sienne (comp. Gauthier de La Chapelle, *Encycl. du dr.*, v° *Condition*, n° 147).

Mais pourtant les mariages mixtes ne sont contraires

ni aux lois ni aux mœurs; et il serait difficile, à notre avis, de trouver illicite la condition qui est imposée, à cet égard, au gratifié.

Si sa foi et sa conscience personnelle y résistent, il est libre; mais alors qu'il refuse la libéralité!

On objecte que cet argument n'est pas concluant, puisque, finalement, toute personne à laquelle on impose une condition immorale, a également la liberté du refus.

Oui, dirons-nous, une *condition immorale!* mais précisément, ce que nous croyons, c'est que cette condition n'est pas immorale (comp. Rolland de Villargues, v° *Condit. de ne pas se marier*, n° 19; Duranton, t. VIII, n° 125, note 1; Coin-Delisle, art. 900, n° 37).

259. — La condition imposée au donataire ou au légataire de se faire prêtre, a soulevé aussi, des longtemps, de sérieuses dissidences.

Ricard la considérait comme illicite, parce que l'*Église a intérêt à ce que ses troupes ne soient pas remplies d'une milice mercenaire* (n° 624); et Pothier, qui adoptait ce sentiment, ajoute même, à ce propos, que « l'on doit regarder une condition comme contraire aux bonnes mœurs, non-seulement lorsque la chose mise pour condition est contraire aux bonnes mœurs, mais aussi lorsqu'il est contraire aux bonnes mœurs d'en faire la condition d'un legs. »

Ce qui est d'évidence!

Et il concluait que « quoique ce ne soit pas une chose contraire aux bonnes mœurs que de se faire prêtre, il est contre les bonnes mœurs et l'honnêteté publique d'en faire la condition d'un legs, et d'inviter par des vues temporelles le légataire à prendre cet état. » (*Introduct. au titre* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 64.

Plusieurs jurisconsultes modernes ont suivi ce

sentiment (comp. Grenier, t. I, n° 154; Taulier, t. IV, p. 323; Duranton, t. VIII, n° 137; Marcadé, art. 900, n° 3; Saintespès-Lescot, t. I, n° 130; Demante, t. III, n° 16 *bis*, VI; *voy.* aussi Grenoble, 11 août 1847, Émery, Dev., 1848, II, 714).

Tandis que Furgole, au contraire, pensait que cette condition devait être considérée comme licite, *parce qu'on peut promouvoir à une bonne œuvre en y attachant une récompense temporelle* (n°s 89 et suiv.); et telle est encore aujourd'hui la doctrine de Toullier (t. III, n° 265), de Vazeille (art. 900, n° 16); de Chardon (*du Dol et de la fraude* (t. III, n° 588), et de M. Dalloz (*Rec. alphab.*, v. h., n° 161).

Nous pensons que la vérité est dans une doctrine intermédiaire, d'après laquelle cette question serait subordonnée aux circonstances du fait.

Prétendre que la condition de se faire prêtre doit toujours être regardée comme attentatoire à la liberté civile et religieuse, et comme excitant par un appât pécuniaire à une vocation qui ne doit venir que d'en haut, c'est là, suivant nous, une exagération. Est-ce que, en effet, l'État lui-même ne favorise pas le recrutement du clergé catholique par des encouragements et des immunités? (comp. Grenoble, 22 déc. 1825, Gellin, Sirey, 1826, II, 276).

Mais ce que nous ne voudrions pas nier non plus, c'est qu'il pourrait en être autrement, s'il apparaissait que le disposant a voulu, en effet, peser, par une sorte de contrainte, sur la conscience du gratifié. Il y aurait lieu d'examiner l'âge du donataire ou du légataire, s'il était déjà entré au séminaire ou s'il avait embrassé une autre profession, son caractère, ses habitudes, l'importance relative du legs, etc.; et on pourrait alors, suivant les cas, déclarer la condition non écrite; mais cela ne devrait, suivant nous, être que l'excep-

tion ; car la condition, en soi, ne nous paraît pas illicite (comp. Grenoble, 11 août 1847, de Choin, D., 1848, II, 113; Merlin, *Répert.*, v° *Condit.*, sect. II, § 5; Coin-Delisle, art. 900, n° 41 ; Troplong, t. I, n° 242; Gauthier de La Chapelle *Encycl. du dr.*, v° *Condition*, n° 152).

260. — Quant à la condition de ne pas se faire prêtre, Ricard (n° 270) et Furgole (n° 94) s'accordaient autrefois pour la regarder comme licite.

Telle est encore aujourd'hui l'opinion commune (comp. Grenier, t. I, n° 154; Toullier, t. III, n° 265; Duranton, t. VIII, n° 136; Coin-Delisle, art. 900, n° 42; Vazeille, art. 900, n° 16; Rolland de Villargues, v° *Condit. concern. les mariages*, n° 124).

Demante toutefois enseigne qu'elle est illicite (t. III, n° 18 *bis*, VI); et telle est aussi la doctrine de Marcadé (art. 900, n° 5).

Mais cette doctrine ne nous paraît point devoir être admise. Il est facile de concevoir l'intérêt sérieux et légitime que pourrait avoir le disposant à ce que son légataire, son neveu, par exemple, le représentant peut-être et le continuateur du nom de la famille, n'entrât point dans les ordres sacrés ; et il nous semble, avec Ricard, que c'est aussi de sa part une pensée juste de *destiner son bien pour élever une famille dans les honneurs et les avantages du siècle.*

Il faudrait donc des circonstances spéciales pour que la décision de Demante fût admise ; comme si, par exemple, le légataire avait déjà prononcé des vœux, si les circonstances politiques rendaient le recrutement du clergé très-difficile, etc.

261. — Ce n'est pas que nous soyons disposé à approuver les conditions, dont le but et le résultat seraient de porter atteinte à la liberté religieuse du donataire ou du légataire.

Et, par exemple, nous nous rallions à la doctrine qui enseigne que l'on doit regarder comme illicite la condition de changer de religion on de n'en pas changer (comp. Colmar, 9 mai 1827, Meyer, D., 1828, II, 32; Merlin, *Répert.*, v° *Condition*, sect. II, § 5; Toullier, t. III, n° 264; Grenier, t. I, n° 154, et Bayle-Mouillard, p. 700, note *b*; Taulier, t. IV, p. 324; Coin-Delisle, art. 900, n° 40; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 3).

Et encore, pourtant, ne faudrait-il pas, même sur cette question, se montrer trop absolu! nous ne voudrions pas dire, en effet, qu'il ne pourrait jamais arriver que l'on dût regarder comme licite une telle condition; comme si, par exemple, le disposant craignant qu'un de ses parents ne se convertît à une religion différente, lui avait imposé la condition de garder la religion catholique, qui est celle de ses pères et de toute sa famille! (comp. Troplong, t. I, n° 225).

262. — On devrait aussi regarder comme illicite la condition imposée à des parents d'élever leurs enfants dans telle ou telle religion; car elle ne blesse pas seulement la liberté de leur conscience; elle attente aussi à leur autorité paternelle, à leurs droits ou plutôt à leurs devoirs vis-à-vis de leurs enfants (comp. l'arrêt de la Cour de Colmar, et les autres citations, *supra*, n° 261).

263. — La condition de prendre un état, d'embrasser une profession en général, était autrefois admise sans difficulté; et nous dirons encore aujourd'hui, avec Furgole (n°s 99, 100), qu'elle n'a rien, en effet, que de très-louable, puisqu'elle se propose de garantir le légataire de l'oisiveté, qui *est la source de tous les maux!*

264. — Mais on y faisait quelque doute, lorsque la condition était de prendre un état certain et désigné par le disposant; c'est ainsi que le parlement de Toulouse avait jugé, le 18 février 1627, qu'un père laboureur,

ayant institué son fils, sous la condition qu'il serait aussi laboureur, le fils, qui s'était fait architecte, ne devait pas néanmoins être privé du legs (Albert, v° *Légat.*, art. 2).

Demante, sous l'empire de notre Code, a également enseigné qu'il fallait regarder comme illicite la condition d'embrasser ou de ne pas embrasser telle profession qui, comme la magistrature ou l'état militaire ou la carrière de l'enseignement, demandent une capacité et un dévouement tout spéciaux, et dont l'exercice pour ceux qui s'y sentent appelés, peut être considéré comme l'accomplissement d'un devoir social (t. IV, n° 16 *bis*, VI).

Le sentiment le plus général paraît avoir été déjà, dans notre ancien Droit, que cette condition elle-même était valable (Furgole, n°s 101-103).

Et cette doctrine serait encore, à notre avis, la meilleure dans notre Droit nouveau.

Une telle condition, sans doute, gêne, à un certain point de vue, la liberté du donataire et du légataire. Mais nous avons bien vu que la condition d'épouser une personne désignée est valable ! (*supra*, n° 252) ; et certes, la liberté du choix, pour le mariage, n'est pas moins importante que pour la profession. C'est que cette liberté n'existe presque jamais et ne saurait réellement exister complète et entière ! une foule de circonstances et d'influences pèsent toujours plus ou moins sur ces déterminations, qui décident de notre avenir. Ce sont là les conséquences nécessaires des habitudes sociales au sein desquelles nous vivons ; et il faut bien s'y soumettre.

Nous tiendrions donc pour licite la condition imposée au donataire ou légataire de se faire avocat, médecin, professeur, magistrat, etc.

A plus forte raison, cette condition serait-elle va-

lable, si, comme nous en avons vu un exemple, elle laissait au légataire le choix entre plusieurs états différents (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Condition*, sect. II, § 5; Vazeille, art. 900, n° 3; Troplong, t. I, n° 250; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 5; Gauthier de La Chapelle, *Encycl. du dr.*, n° 159).

265. — Il est évident qu'il faut excepter de la solution qui précède, la condition qui imposerait au gratifié l'obligation de prendre un état déshonnête, comme, par exemple, de tenir un lieu de débauche.

266. — Doit-on faire la même exception pour le cas où il s'agirait d'une profession telle que le donataire ou le légataire, en raison de son rang, de sa fortune, de son éducation, de ses habitudes, ne pourrait véritablement l'embrasser sans une sorte de déchéance sociale?

On le pensait ainsi autrefois (Furgole, n°s 100, 102).

Mais cette exception a été vivement contestée sous notre régime nouveau, où l'on n'admet pas, dit-on, ces distinctions de castes et ces préjugés, qui avaient leur racine dans l'ancienne constitution de la société française (comp. Coin-Delisle, art. 900, n°s 27, 28; Saintespès-Lescot, t. I, n° 125).

Nous sommes aussi dans les rangs des partisans très-déclarés de ce grand et noble principe d'égalité, qui forme aujourd'hui l'une des bases les plus essentielles de notre état social ; mais c'est précisément parce que nous l'aimons que nous ne voudrions pas le compromettre en l'exagérant outre mesure; or, c'est l'exagérer manifestement, suivant nous, que d'en conclure qu'il aurait supprimé toutes les différences dans les conditions sociales.

« Certainement, dit M. Bayle-Mouillard, on ne pousserait pas la rigueur jusqu'à sanctionner la clause qui assujettirait un colonel à se faire exécuteur des hautes-

œuvres ou boucher. » (Sur Grenier, t. I, p. 700, note *d.*)

Non sans doute !

Et même il ne serait pas nécessaire de s'avancer aussi loin pour trouver des exemples d'incompatibilités de ce genre (comp. Duranton, t. VIII, n° 194; Rolland de Villargues, v° *Condit. concern. les mariages*, n° 218; Marcadé, art. 900, n° 3 ; Gauthier de La Chapelle, *loc. supra*, n° 161 ; D., *Rec. alph.*, h. v., n° 167).

267. — On a toujours regardé comme licite, la condition imposée au gratifié de ne pas embrasser un certain état désigné, de ne pas se faire, par exemple, médecin, avocat, militaire, musicien, artiste, etc. (Furgole, n°s 94, 95.)

Et les motifs que nous venons de fournir (*supra*, n° 264), démontrent que cette solution est encore la meilleure (comp. Troplong, t. I, n° 251).

268. — Mais nous n'admettrions pas comme licite la condition de n'embrasser aucun état, quel qu'il soit! (*supra*, n° 263 ; Furgole, *loc. supra;* Merlin, *Répert.*, v° *Condit.*, sect. II, § 5 ; Duranton, t. VIII, n° 135; Taulier, t. IV, p. 324 ; Coin-Delisle, art. 900, n° 26).

269. — Au contraire, quoi de plus licite que la condition imposée à un donataire ou à un légataire de se conduire honnêtement ?

On a soutenu pourtant que la condition *de ne point s'écarter de la conduite d'une honnête et décente fille* était illicite, parce que, a-t-on dit, elle exciterait les héritiers du disposant à répandre des bruits calomnieux sur la conduite de la personne gratifiée.

Mais un tel moyen n'est certes pas décisif ! et si une libéralité a été faite ainsi pour maintenir et surtout pour ramener dans la bonne voie une personne qui s'en était écartée, est-il rien, au contraire, de plus moral ? et faudrait-il donc, si elle y manquait, que le

bénéfice même de la libéralité servît à la continuation de ses désordres ! (comp. Pau, 1er févr. 1823, Lacan, Sirey, 1824, II, 45 ; Rolland de Villargues, *loc. supra*, n° 97 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 693, note *b*; Troplong, t. I, n° 254; Gauthier de La Chapelle, *loc. supra*, n° 158).

270. — La condition de demeurer dans un certain lieu ou avec certaines personnes, était en général considérée, chez les Romains, comme illicite.... *per quam jus libertatis infringitur* (L. 71, § 2, ff, *De condit. et demonst.*).

Tel était aussi chez nous, autrefois, le sentiment de Domat. (Lois civ. liv. III, tit. I, sect. VIII, n° 18 ; ajout. Ricard, n° 282; Furgole, n° 104).

Ce sentiment nous paraîtrait, en effet, juridique, dans le cas où cette condition ne serait justifiée par aucun motif d'intérêt privé ou public, surtout si elle était sans restriction et sans terme.

A plus forte raison, faudrait-il le décider de même, si d'autres circonstances s'y joignaient pour la rendre plus illicite encore, comme, par exemple, si une telle condition était imposée par un enfant à son père, ou par un tiers à une femme mariée, afin de la séparer de son mari (comp. Bourges, 9 août 1832, Dev., 1833, II, 120; Poitiers, 3 juin, 1842, N...., Dev., 1843, II, 295).

271. — Mais, au contraire, cette condition de demeurer dans un certain lieu ou avec certaines personnes, pourrait devenir licite, à raison des motifs qui l'auraient inspirée au disposant et du but qu'il se serait proposé.

Qu'y aurait-il en effet à reprendre dans la condition qui serait imposée à une mère de ne pas se séparer de ses enfants... *si a liberis non recesserit?* (L. 72, ff. *loc. supra.*)

Ou même à une personne étrangère, à un précepteur, à une institutrice, d'achever l'éducation des enfants qui leur sont confiés?

Ou à un serviteur, à un domestique, pour l'attacher à la personne de son maître jusqu'au décès de celui-ci? (L. 20, ff. *De annuis legat.*)

Et si une libéralité était faite à une femme de mœurs déréglées, sous la condition qu'elle se retirera dans une famille honnête ou dans un couvent, afin de l'arracher à ses désordres, ne serait-ce pas là aussi une condition morale et exemplaire? (Ricard, n° 285.)

Ou enfin, qui pourrait critiquer la condition, qu'un disposant aurait imposée à son légataire, professeur célèbre, de demeurer dans sa ville natale, afin de lui consacrer son enseignement? L'utilité publique, dit Ricard (n° 284), devrait alors l'emporter sur l'intérêt du légataire; d'autant plus, ajoutons-nous, que la liberté de ce légataire n'est pas entravée au delà de ce qu'elle peut l'être. Est-ce qu'en effet, la liberté que nous avons de choisir notre résidence et notre domicile, est jamais entière et complète? et ne subit-elle pas, elle aussi, toutes ces influences et toutes ces entraves qui pèsent sur la liberté que nous avons de choisir un époux, de choisir un état, etc. (*supra*, n° 264; comp. Taulier, t. III, n° 262; Duranton, t. VIII, n° 132; Coin-Delisle, art. 900, n°s 22, 23; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n°s 414, 416; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 700, note *d*; Troplong, t. I, n° 253; Gauthier de La Chapelle, *loc. supra cit.*, n° 156, 157).

272. — Quant à la condition inverse, à celle qui imposerait au donataire ou au légataire l'obligation de ne pas demeurer dans un lieu déterminé, elle a toujours été considérée comme licite (L. 73, ff. *De condit. et demonst.*).

Et nous la considérons aussi comme telle, malgré le dissentiment de Taulier (t. IV, p. 324).

Il s'en faut bien, en effet, qu'elle *engendre une captivité absolue,* disait Ricard; et le gratifié certes ne saurait se plaindre, *quand on lui laisse libres toutes les autres parties du monde!* (n° 286).

On comprend d'ailleurs les motifs de plus d'une sorte, très-sérieux et très-louables, qui pourraient inspirer une telle condition au disposant (comp. Pau, 2 janv. 1827, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, 8, II, 305; Toullier, t. III, n° 263; Coin-Delisle, art. 900, n° 24; Troplong, t. I, n° 253; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 180; *voy.* aussi Duranton, t. VIII, n° 132).

273.—Nous en dirions autant, en général et par les mêmes motifs, de la condition de ne pas demeurer avec une certaine personne désignée.

274. — Il a toujours été reconnu qu'il n'y avait rien d'illicite dans la condition imposée à un donataire ou à un légataire soit de changer de nom, soit d'ajouter un nouveau nom à celui qu'il porte.

Il est vrai que l'addition ou le changement de nom ne se peut faire qu'avec l'autorisation de la Puissance publique.

Mais tout ce qui en résulte, c'est que la condition elle-même implique, pour le légataire, l'obligation virtuelle de demander cette autorisation (comp. L. 9, § 6, ff. *De donat.; supra*, n° 253; Cass., 16 nov. 1824, de Preaux, Sirey, 1825, I, 148; Cass., 4 juill. 1836, Papin Ruillier, Dev., 1836, I, 642; Merlin, *Répert.*, v° *Promesse de changer de nom;* Rolland de Villargues, v° *Nom*, n°s 31 et 75-82; Guilhon, t. III, p. 384; Troplong, t. I, n° 256; Gauthier de La Chapelle, *loc. supra*, n° 132).

275. — La même observation est applicable à la condition d'obtenir des lettres de noblesse, ou même un

titre déterminé (comp. Rolland de Villargues, v° *Noblesse*, n° 13).

276. — Parmi les conditions les plus fréquentes qui se rencontrent dans les donations entre-vifs et les testaments, il faut placer aussi celles qui ont pour but d'imposer au donataire ou au légataire l'obligation de renoncer à un certain droit pécuniaire, qui lui appartiendrait.

Et c'est ainsi d'abord qu'on peut certainement lui imposer la condition de renoncer à une succession, qui lui serait déjà échue (comp. Cass., 16 août 1843, Mental, Dev., 1843, I, 874).

277. — Mais si la succession était seulement à échoir, la condition d'y renoncer lorsqu'elle s'ouvrira, serait-elle licite?

Cette question peut paraître délicate; et trois opinions se sont produites :

A. La première enseigne qu'une telle condition doit être regardée comme licite, non-seulement dans les testaments, mais même dans les donations entre-vifs; est-ce que, en effet, cette condition n'est pas implicitement contenue dans toute libéralité faite sans dispense de rapport, à un héritier présomptif (art. 843); or, si elle est licite, lorsqu'elle a lieu au profit d'un successible, il n'y a pas de motif pour qu'elle ne le soit pas également, lorsqu'elle a lieu au profit d'un non-successible; et il importe peu que la succession, à laquelle le donataire ou le légataire devra renoncer, lorsqu'elle s'ouvrira, soit celle du donateur, ou du testateur, ou d'un tiers (comp. Angers, 27 juill. 1827, Cailleau, D., 1828, II, 120; Toullier, t. III, n° 269; Troplong, t. I, n° 269; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 694, note *a*).

B. D'après la seconde opinion, il faut distinguer : la condition, dont il s'agit, qui serait licite dans un

testament, serait illicite, au contraire, dans une donation entre-vifs (comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 5; Coin-Delisle, art. 900, n° 20).

C. Enfin la troisième opinion décide, sans distinction, comme la première, mais dans un sens tout à fait inverse, qu'une telle condition doit être regardée comme illicite, non-seulement dans les donations entre-vifs, mais même dans les testaments (comp. Cass., 16 janv, 1838, Berlaud, Dev., 1838, I, 225; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et test.*, n° 176; Duranton, t. VIII, n° 146; Vazeille, art. 900, n° 23; Rolland de Villargues, v° *Condition*, n° 134; Gauthier de La Chapelle, n° 168; Saintespès-Lescot, t. I, n° 144).

Cette dernière doctrine nous paraîtrait la plus juridique, en présence des termes absolus de l'article 791.

Les opinions dissidentes, afin d'écarter l'application de cet article, répondent que la condition est non pas de renoncer actuellement à la succession d'un homme vivant, mais seulement d'y renoncer *lorsqu'elle s'ouvrira*.

Mais, lorsque la loi déclare qu'on ne pourra pas renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession, elle ne suppose pas non plus une renonciation, qui serait faite actuellement à une succession future, pour avoir un effet actuel; il est clair qu'une telle renonciation serait nulle par un autre motif, à savoir par défaut d'objet! (art. 1108, 1131). L'article 791 n'a donc véritablement de sens qu'autant qu'il s'applique aux promesses par lesquelles une partie prendrait, d'avance, l'engagement de renoncer à une succession, *lorsqu'elle s'ouvrira ;* c'est-à-dire qu'il a précisément en vue l'hypothèse même qui nous occupe; et il est facile d'apercevoir que si on validait ces sortes de conditions dans les actes de libéralités entre-vifs ou testamentaires, on ferait à cette prohibition si morale

et si politique de l'article 791, une brèche énorme, par laquelle passeraient sans obstacle les prohibitions elles-mêmes, qu'il a voulu peut-être le plus directement empêcher !

Autre chose est l'obligation du rapport, que le successible doit faire à la succession du disposant, lorsqu'il accepte. Celui qui fait une libéralité à son futur successible ne lui impose pas, en effet, l'obligation de renoncer à sa succession, lorsqu'elle s'ouvrira; il ne pourrait pas la lui imposer; c'est la loi elle-même surtout, qui, au moment où la succession s'ouvre, ne lui permet d'y venir qu'en rapportant ce qu'il a reçu, parce qu'elle présume qu'il ne l'a reçu que comme une avance sur sa part héréditaire. Mais on ne saurait s'autoriser de cette théorie pour valider la condition imposée à un donataire ou à un légataire de renoncer à une succession, lorsqu'elle s'ouvrira.

C'est bien ce que les partisans de la seconde opinion reconnaissent, quand il s'agit d'une donation entre-vifs; mais nous ne voyons pas pourquoi il en serait autrement d'un testament. C'est méconnaître la véritable portée de la prohibition décrétée par les articles 791, 1130 et 1600, que de dire *qu'elle ne s'applique qu'aux stipulations conventionnelles*. Ces articles ne sont qu'une déduction spéciale de la règle générale posée par l'article 6, qui porte, lui aussi, qu'on ne peut pas déroger, *par des conventions particulières*, aux lois qui intéressent l'ordre public, et que nul pourtant n'hésite à appliquer aussi aux testaments. Et puis, d'ailleurs, est-ce que le légataire, au moment où il accepte le legs, ne s'engage pas à remplir la condition? et l'héritier ne serait-il pas fondé à exiger de lui cet engagement dans l'acte de délivrance, qu'il lui consentirait?

Il nous serait donc difficile de voir là une condition licite.

Nous conviendrons toutefois qu'il peut paraître regrettable qu'un donataire auquel une condition de ce genre aurait été imposée, conserve la libéralité, s'il accepte plus tard la succession; car il se peut que le disposant ait expressément voulu, au contraire, qu'il ne pût jamais cumuler la libéralité avec la succession. Mais alors il y aurait lieu d'examiner le vrai caractère de la disposition, si elle constitue bien une libéralité sous condition, ou si elle ne constitue qu'une sorte de pacte aléatoire et de forfait; dans ce dernier cas, le pacte tout entier devrait être déclaré nul, aux termes de l'article 791 (comp. *infra*, n° 316; Orléans, 20 mars 1852, Gallais, Dev., 1853, II, 13; et *supra*, n° 212).

278. — Il arrive souvent aussi que le disposant, en faisant un legs à son héritier ou à un tiers, lui impose la condition de ne pas attaquer soit son testament, soit tout autre acte antérieur, qu'il aurait fait, et qu'il ajoute que son légataire sera privé du bénéfice du legs, s'il manque à cette condition.

Quelques-uns ont répondu, sans distinction, qu'une condition de ce genre devait toujours être réputée non écrite : « Attendu que tout citoyen a le droit de recourir à la justice pour obtenir la réformation d'un acte, qui peut lui porter préjudice; que ce droit est d'ordre public et ne peut lui être ravi sans son consentement... » (Paris, 25 janv. 1841, Mounier, Dev., 1846, I, 5; ajout. Poitiers, 2 juin 1824, Romieux, Sirey 1825, II, 59; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. III, p. 181).

Mais cette doctrine est évidemment excessive.

Si on ne peut pas déroger aux lois qui concernent l'intérêt public (art. 6), rien ne s'oppose à ce que l'on déroge aux lois, qui ne concernent que l'intérêt privé; et l'on n'aperçoit pas quelle lésion peut résulter pour l'intérêt public, de ce que le légataire sera soumis à

abandonner un droit purement privé, qui ne concerne que son intérêt, à lui !

Aussi, la vraie solution est-elle dans la distinction, qu'il faut faire en ces termes :

Ou il s'agit d'une action en nullité fondée sur un motif d'intérêt purement privé ; et dans ce cas, la condition de ne pas l'exercer doit être considérée comme licite ; et la peine testamentaire, sous laquelle cette condition a été imposée, doit être appliquée en cas de contravention ;

Ou il s'agit d'une action en nullité fondée sur un motif d'ordre public ; et dans ce cas, la condition de ne pas l'exercer doit être considérée comme illicite ; et la peine testamentaire doit être elle-même considérée comme non avenue (comp., *supra*, n° 217 ; et le remarquable rapport de M. le conseiller Malleville à la Cour de Cassation, lors de l'arrêt du 1er mars 1830, Veyle de Romans, D., 1830, 142 ; Cass., 1er mars 1831, Laurent, Dev., 1831, I, 100 ; Cass., 24 déc. 1834, Bret, Dev., 1835, I, 128 ; Cass., 20 janv. 1836, Rousset, Dev., 1836, I, 83 ; Cass., 16 août 1843, Montal, Dev., 1843, I, 874 ; Limoges, 13 août 1856, Dumaître, Dev., 1856, II, 545).

279. — Voilà, par exemple, un père, qui, faisant entre ses enfants le partage testamentaire de sa fortune, a attribué à l'un d'eux tous ses immeubles, tandis qu'il n'attribuait à l'autre que des meubles ; et il a ajouté que si l'un ou l'autre de ses enfants attaquait le partage, il déclarait léguer à l'autre la quotité disponible par préciput.

Il est clair qu'il n'y a rien là qui touche l'intérêt public, et que finalement, l'option qui est offerte à chacun des enfants par le testament paternel, ne regarde que leur intérêt privé.

Qu'importe, en effet, relativement à l'ordre public,

que, dans telle ou telle espèce particulière, l'un des enfants ait tous les immeubles, et l'autre seulement tous les meubles ?

C'est donc à chacun des enfants, qu'il appartient d'opter entre le lot, qui lui a été attribué, et sa réserve, à laquelle il se réduira lui-même volontairement, s'il ne se contente pas de ce lot (comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 672).

280. — Pareillement, le survivant des père et mère a réuni, comme il arrive souvent, dans un seul et même acte de partage testamentaire entre ses enfants, ses biens personnels et les biens de la succession de son conjoint prédécédé.

Et il a declaré que si ce partage est attaqué par l'un de ses enfants, il lègue par préciput la quotité disponible à tel autre d'entre eux, qui l'aura respecté.

La solution doit encore être la même, par le même motif, parce qu'il n'y a là qu'une alternative, dont les deux termes ne touchent qu'à l'intérêt privé des enfants, qui sont libres de choisir le parti, qui leur paraîtra le plus à leur avantage (comp. Cass., 1er mars 1831, Laurent, Dev., 1831, I, 81 ; Besançon, 16 janv. 1846, Bidot, Dev., 1847, II, 267) ; Poitiers, 20 févr. 1861, Cosset, Dev., 1861, II, 465).

281. — Ou encore c'est un père, qui a grevé d'usufruit au profit d'un tiers la réserve entière de son enfant, ajoutant que si l'enfant ne voulait pas supporter l'usufruit sur sa réserve aussi bien que sur la portion disponible, il léguait à ce tiers la pleine propriété de la portion disponible.

Nous verrons que l'article 917, prévoyant une hypothèse semblable, déclare que l'enfant aura l'option ou d'exécuter cette disposition ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible.

C'est que, en effet, rien ne s'oppose à ce que le *de*

cujus impose certaines charges à la réserve elle-même de ses héritiers, en leur laissant d'ailleurs tout ou partie de la quotité disponible sous la condition de ces charges ; ceux-ci étant libres d'opter, comme il leur conviendra le mieux, entre la réserve grevée de ces charges avec la quotité disponible, et la réserve exempte des charges sans la quotité disponible (comp. Ricard, *des Donations entre-vifs*, IIe partie, chap. XII, n° 155).

282. — Mais il ne faudrait pas que la condition imposée à l'héritier réservataire n'eût, au contraire, pour but que de le dépouiller de sa réserve, sans lui conférer aucune option.

Comme serait, par exemple, la clause, par laquelle un testateur, après avoir déclaré faussement qu'il est créancier d'une certaine somme de l'un de ses enfants et débiteur envers l'autre, aurait légué la quotité disponible à celui de ses enfants auquel ces déclarations devaient profiter, pour le cas où l'autre viendrait à les contester (comp. Paris, 28 janv. 1853, Bruder, Dev., 1855, II, 125 ; *voy.* aussi Cass., 14 déc. 1825, Sirey, 1826, I, 186).

283. — Nous avons vu aussi (*supra*, 187), que le disposant ne saurait, par aucune condition ni clause pénale, paralyser, dans les mains de ses héritiers, l'action en nullité contre une substitution prohibée, qu'il aurait faite.

C'est qu'il s'agit là d'une nullité fondée sur des motifs d'intérêt public.

284. — Il en serait de même d'une action en nullité contre une disposition, que le *de cujus* aurait faite au profit d'une personne déclarée par la loi incapable de recevoir (comp. L. 55, ff. *De condit. et demonst.;* Cass., 14 déc. 1825, Blanc, D., 1826, I, 27; M. de Malleville, dans son rapport précité; Troplong, t. I,

n° 246; Rolland de Villargues, v° *Condition*, n° 135; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 716, note *a*; Gauthier de La Chapelle, *Encyl. du Droit*, v° *Condition*, n° 171).

285. — De même encore, s'il s'agissait d'une action en nullité fondée sur des vices de forme dans le testament.

Le disposant, en effet, ne saurait imposer à ses héritiers l'obligation de respecter un acte testamentaire, qui ne serait pas revêtu des solennités exigées par la loi.

Car ces solennités sont exigées par la loi, disait Ricard, *par forme de droit public!* (*loc. supra*, n° 1544);

Car un acte non revêtu de ces solennités, n'existe pas du tout, aux yeux de la loi, comme testament;

Car enfin l'accomplissement de ces solennités n'est pas seulement exigé dans l'intérêt des héritiers: elle est aussi, dans l'intérêt des testateurs, une garantie essentielle de la sincérité et de la liberté de leurs dispositions, *nec ullorum magis interest quam ipsorum!* (comp. *supra*, n° 5; Troplong, t. I, n° 266; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 181).

286. — De ce que nous venons de dire il ne résulte pas, toutefois, que l'action en nullité doive être déclarée non recevable, malgré la condition ou clause pénale, par laquelle le disposant aurait voulu empêcher ses héritiers ou ses légataires de l'exercer.

Ceux-ci sont donc, en effet, recevables; et par exemple, il est certain que, malgré la condition que le testateur aurait imposée de ne point attaquer son testament, et la clause pénale, qu'il aurait établie en cas de contravention, ses héritiers peuvent attaquer ce testament pour cause de captation.

« Attendu, dit la Cour suprême, que, aux termes de l'article 900, dans toute disposition entre-vifs et testamentaire, les conditions contraires aux lois ou aux

mœurs, sont réputées non écrites; — Que tel serait le caractère d'une clause pénale, qui aurait pour but d'assurer l'exécution d'une libéralité, qui serait l'œuvre de la captation ou de la suggestion; — Que, dès lors, et nonobstant la clause, qui ordonnait aux mineurs d'Henequeville de respecter les dispositions faites au profit des époux Bonaventure, sous peine d'être déchus de leurs droits, l'arrêt attaqué a dû, comme il l'a fait, déclarer lesdits mineurs autorisés à attaquer ces libéralités comme n'étant pas l'expression de la volonté libre de la dame Villorin-Lebesgue, *sauf à voir ultérieurement si cette clause pénale devrait ou non leur être appliquée....* » (Cass., 27 mars 1855, Bonaventure, Dev., 1855, I, 702).

287. — Cette dernière partie du *Considérant* de l'arrêt témoigne que, s'il était décidé que le testament, qui a été attaqué pour cause de captation, était l'œuvre de la volonté libre du testateur, la clause pénale devrait être appliquée à l'héritier, qui aurait succombé dans sa demande, et qu'il n'en pourrait être affranchi qu'en réussissant (comp. Cass., 22 déc. 1845, Mounier, Dev., 1846, I, 5; *voy.* les conclusions de M. l'avocat général Delangle, *h. l.*).

Et telle est, en effet, la doctrine, qui nous paraît devoir être admise, lorsqu'il s'agit d'une action en nullité, qui était fondée sur un motif d'ordre public (comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 6).

288. — Bien plus! lorsqu'il s'agit seulement d'une action en nullité fondée sur l'intérêt privé de l'héritier, il n'y a pas à considérer s'il a réussi ou s'il a échoué; et il suffit, en général, à moins de circonstances particulières, qu'il ait contrevenu à la défense qui lui avait été imposée par le disposant d'attaquer l'acte par lui fait, pour que la clause pénale doive lui être appliquée.

C'est que, alors, comme il ne s'agit que de son intérêt privé, c'est à lui de faire son option comme il l'entendra; et il la fait à ses risques et périls.

Ricard, toutefois, s'exprimait ainsi :

« Il est pourtant véritable que, dans l'événement, nous avons coutume de prendre ces peines écrites dans un testament pour comminatoires; et on se contente d'adjuger simplement le legs à celui auquel il est fait, sans le profit de la peine.» (*Loc. supra*, n° 1548.)

Nous ne voudrions pas avancer une telle proposition; et nous pensons, au contraire, que le *profit de la peine* doit être adjugé, lorsque l'héritier a manqué à la condition, que le testateur lui avait imposée de ne pas attaquer son testament; rien n'empêchant, disait Ricard lui-même (n° 1547), que les volontés licites des testateurs soient défendues par des conditions pénales obligatoires. Seulement, il y a lieu d'examiner, en fait, dans quels cas le légataire aura effectivement manqué à cette condition (comp. Cass., 5 juill. 1847, Florin, Dev., 1847, I, 839.)

289. — Nous avons constamment supposé, dans ce qui précède, qu'il s'agissait d'une condition ou clause pénale insérée dans un testament.

C'est que, en effet, les mêmes principes ne sauraient être applicables au cas où ces sortes de conditions seraient insérées dans une donation entre-vifs; car alors, le consentement que le donataire aurait donné à la clause qui lui défendrait d'attaquer, après la mort du donateur, un acte fait par celui-ci, devrait être déclaré nul par un motif particulier, par le motif que l'on ne peut faire aucun pacte sur une succession future (art. 791; Ricard, *loc. supra*, n°s 1552-1555; comp. Paris, 8 avril 1850, Pardigon, Dev., 1850, II, 305; Cass., 14 juill. 1852, Gladieux, Dev., 1852, I, 749).

290. — Voici encore une condition très-usitée; c'est celle qui consiste à défendre au donataire ou au légataire d'aliéner la chose, qui fait l'objet de la donation ou du legs.

Nous avons déjà examiné dans quels cas une telle défense devrait ou ne devrait pas être considérée comme formant une substitution (*supra*, n° 147).

291. — Il s'agit maintenant de rechercher si, dans le cas même où elle ne devrait pas être considérée comme une substitution, la condition de ne pas aliéner est licite ou illicite.

Pour soutenir qu'elle doit être, dans tous les cas, sans distinction, regardée comme illicite et réputée non écrite, on pourrait raisonner ainsi :

La condition de ne pas aliéner a nécessairement pour résultat, soit de rendre le bien inaliénable, soit de rendre la personne du donataire ou du légataire incapable de l'aliéner;

Or, l'aliénabilité ou l'inaliénabilité des biens, de même la capacité ou l'incapacité des personnes sont des matières d'ordre public, qui ne sauraient être modifiées par des dispositions particulières (comp. Cass., 6 janv. 1853, Worms, Dev., 1853, I, 619);

Donc, une telle condition est contraire à la loi (art. 6).

Et il est facile, en effet, de comprendre quels dangers pourraient résulter, au point de vue de l'économie politique et du crédit public et privé, de ces sortes de conditions, si elles venaient à se multiplier.

Cette doctrine était celle de l'Argentré (*sur la Cout. de Bretagne*, art. 206).

Et elle a été aussi enseignée sous notre droit nouveau (comp. Zachariæ (édit. Massé et Vergé), t. III, p. 180; D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et testam.*, n° 179).

292. — Nous allons voir, toutefois, qu'elle n'a pas été suivie ; et la vérité est qu'elle est excessive, dans sa trop grande généralité.

Il n'y a qu'un côté par lequel elle nous paraît exacte ; et, sur ce point, en effet, nous l'adoptons.

C'est-à-dire que nous considérons comme illicite la condition de ne pas aliéner, qui serait imposée, d'une manière absolue et indéfinie, sans restriction et sans limite.

Et certainement, par exemple, on ne saurait aujourd'hui faire revivre cette jurisprudence des arrêts, que rappelle Basnage, et d'après laquelle les héritiers du donateur pouvaient, après même que la chose donnée avait été, pendant trois générations, dans la famille du donataire, la revendiquer contre le tiers acquéreur, lorsqu'elle avait été aliénée malgré la défense portée dans l'acte de donation (Basnage, *des Donations*, sur l'article CCCCXXXI, de la Cout. de Normandie.)

Il n'est pas même besoin de supposer une hypothèse aussi exorbitante; et nous croyons qu'il faudrait tenir pour illicite la condition absolue de ne pas aliéner, fût-elle limitée à la vie du donataire, si d'ailleurs elle n'était justifiée par aucun motif d'intérêt au profit du disposant, ou au profit d'un tiers (*infra*, n°s 294 et suiv.)

La circonstance que le donataire serait faible d'esprit ou prodigue, et que le disposant craindrait qu'il ne se portât à des actes ruineux d'aliénation, ne saurait, à notre avis, autoriser à prononcer contre lui une défense absolue d'aliéner; la loi a institué, en effet, contre le dérangement des facultés intellectuelles et contre la prodigalité, des moyens de protection auxquels on peut recourir, mais qu'on ne saurait remplacer par d'autres moyens arbitraires (art. 489, 513 ; comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de*

corps, t. II, n° 171 ; Merlin, *Répert.*, v° *Héritier*, sect. VII, n° 2 *bis ; voy.* aussi Paris, 30 janv. 1821 ; et Cass., 15 mars 1837, D., *Rec. alph.*, v° *Domaines engagés et échangés*, § 3, n° 34; Douai, 23 juin 1851, Serret, D., 1852, II, 245; Caen, 18 déc. 1849, Leguet, Dev., 1850, II, 497; et les *Observations* de Devilleneuve, *h. l.*).

293. — Et, dans ce cas, il n'y aurait pas même lieu, suivant nous, de distinguer si la défense d'aliéner est pure et simple, ou si elle est sanctionnée par une clause pénale.

Un testateur, par exemple, a dit :

Je lègue ma maison à Primus, sous la condition qu'il ne l'aliénera pas ; et s'il l'aliène, je veux qu'il paye à Secundus 100 000 fr., ou je déclare léguer ma maison à Secundus.

Nous devons reconnaître pourtant que plusieurs jurisconsultes ont pensé que cette clause pénale serait valable (comp. Toullier, t. III, n° 488; Gauthier de La Chapelle, *Encycl. du droit*, v° *Condition*, n° 172).

Mais il nous semblerait plus juridique de déclarer non écrites tout à la fois la condition de ne pas aliéner et la clause pénale, qui a pour but de garantir l'accomplissement de cette condition.

En effet, le donataire ou le légataire ne pourrait encourir la clause pénale, qu'autant qu'il aurait contrevenu à la condition ; or, cette condition étant réputée non écrite, comme contraire à la loi, il ne saurait y contrevenir, puisqu'il en est relevé ; donc, il ne peut encourir la clause pénale, puisque la contravention, qui seule pouvait la lui faire encourir, ne peut pas légalement se réaliser (*supra*, n° 217).

Et comme, d'ailleurs, cette clause pénale n'annonce pas non plus que le disposant ait subordonné l'existence même de sa libéralité à la condition, et que rien ne prouve qu'il ne l'aurait pas faite, s'il avait su que

cette condition fût illicite, la conséquence en est qu'il faut tenir la libéralité pour pure et simple (comp. Paris, 11 mai 1852, Williams de Blagny, *le Droit* du 24 septembre 1852; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 488, note *b;* Troplong, t. I, n°s 135, 136).

294. — Mais si nous considérons comme illicite la condition de ne pas aliéner, lorsqu'elle est absolue et indéfinie, notre avis est, au contraire, qu'il faut la considérer comme licite, lorsqu'elle est seulement relative et temporaire, et qu'elle se trouve d'ailleurs justifiée par un intérêt sérieux.

C'est ce qui peut arriver dans trois cas, à savoir, lorsqu'elle a pour but de garantir :

A. Soit l'intérêt du disposant;

B. Soit l'intérêt d'un tiers;

C. Soit même aussi l'intérêt du donataire ou du légataire.

295. — A. Nous regardons d'abord comme licite la condition de ne pas aliéner, que le disposant a imposée au donataire, dans le but de garantir un droit qu'il se serait réservé à lui-même sur la chose donnée.

Quoi de plus légitime, par exemple, que cette condition imposée par un ascendant à ses enfants, entre lesquels il a fait, par donation entre-vifs, le partage anticipé de ses biens, en s'en réservant l'usufruit? Et puisque la propriété est le droit de disposer de la manière la plus absolue (art. 537, 544), n'est-il pas juridique que le propriétaire puisse, en aliénant seulement la nue propriété, avec réserve de l'usufruit, garantir sa jouissance de toute espèce de trouble, en mettant pour condition que, pendant la durée de son usufruit, aucune aliénation ne pourra avoir lieu de la part de celui auquel il transmet la nue propriété? (comp. Angers, 29 juin 1842, N..., Dev., 1842, II, 400; Paris, 15 avril 1858, Creton, Dev., 1858, II,

362; Cass., 20 avril 1858, Crémieux, Dev., 1858, I, 589; Toullier, t. III, n° 488; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 6, 7; Massé et Vergé, t. III, p. 180).

296. — Il en serait de même du cas où le disposant se serait réservé un droit d'usage, ou d'habitation, ou même un droit de passage sur l'immeuble par lui donné, ou même seulement une rente, ou une pension payable aux dépens des revenus ou des fermages de cet immeuble; stipulation qui pourrait lui faire très-légitimement désirer de ne point se trouver en rapport avec des étrangers (comp. Troplong, *du Contr. de mar.*, t. IV, n° 3059).

297. — De même encore, si le disposant, en imposant au donataire la condition de ne pas aliéner, avait eu en vue de garantir, dans son intérêt, l'efficacité d'un droit de retour, soit conventionnel, soit légal.

La Cour de Lyon avait, à la vérité, consacré la doctrine contraire (12 juin 1856, Regnard, Dev., 1856, II, 456).

Mais c'est avec raison, suivant nous, que son arrêt a été cassé (Cass., 20 avril 1848, Crémieux, Dev., 1858, I, 589; ajout. Bourges, 14 déc. 1852, Charlot, Dev., 1853, II, 468; Massé et Vergé, *loc. supra*; Aubry et Rau, *loc. supra*).

298. — La défense d'aliéner comprendrait évidemment, dans ce cas, non-seulement cell de vendre ou d'échanger, mais encore celle d'hypothéquer (comp. art. 217, 2118, 2204).

Aussi, la formule de ces sortes de clauses porte-t-elle, en effet, presque toujours la défense de ne pas vendre ou engager, etc.

299. — Mais comprendrait-elle aussi la défense de tester, de disposer par testament?

La Cour de cassation a décidé cette question négativement (2 janv. 1838, Bercher, Dev., 1838, I, 634).

Et l'on peut dire, en ce sens, qu'autre chose est *aliéner*, autre chose *tester*, et que la loi elle-même, distinguant ces deux modes de disposition, ne défend pas toujours de *tester* à ceux auxquels elle défend d'*aliéner* (comp. art. 217 et 225).

Mais cette solution serait, à notre avis, trop absolue; et même nous serions porté à penser que, généralement, la condition de ne pas aliéner, du vivant du donateur, imposée au donataire, devrait s'entendre de la disposition par testament comme de la disposition entre-vifs; c'est là, en effet, surtout une question d'interprétation de volonté; or, n'est-il pas vraisemblable que telle a été la volonté du donateur, surtout lorsqu'il a imposé cette condition dans le but de garantir l'efficacité d'un droit de retour à son profit? la circonstance qu'il aurait été dit que l'aliénation ne pourrait pas avoir lieu sans le consentement du donateur, serait encore une preuve de plus que la disposition par testament a été interdite au donataire (comp. Bourges, 14 déc. 1852, Charlot, Dev., 1853, II, 468; Paris, 15 avril, 1858, Creton, D., 1858, II, 362).

300. — Le désir que le donateur entre-vifs pourrait éprouver de ne pas voir, de son vivant, le bien par lui donné, passer dans d'autres mains que celles du donataire, ce seul intérêt de satisfaction morale suffirait-il pour légitimer la condition qu'il aurait imposée au donataire de ne pas l'aliéner, tant qu'il vivrait, lorsque, d'ailleurs, il ne se serait réservé aucun droit sur ce bien?

On peut assurément le soutenir avec une certaine force (comp. Orléans, 17 janv. 1846, Millet, Dev., 1846, II, 178; Troplong, t. I, n° 271).

Et toutefois, la condition, dans cette généralité, nous paraîtrait contestable; qu'est-elle alors, en effet, autre chose qu'une défense d'aliéner imposée pure-

ment et simplement au donataire, pour toute la vie du donateur, quoique celui-ci soit entièrement dessaisi de toute espèce de droit sur la chose donnée? (comp. Douai, 29 déc. 1847, Thuillier, Dev., 1848, II, 462; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 7; Ancelot, *Revue de législation*, 1852, t. III, p. 162, 163).

301. — A plus forte raison, faudrait-il considérer comme illicite une telle condition imposée par un testateur, c'est-à-dire la condition imposée à un légataire de ne pas aliéner la chose léguée (comp. Montpellier, 6 mai 1846, de Montheil, Dev., 1846, II, 572).

302. — B. Nous considérons, en second lieu, comme licite, la condition de ne pas aliéner, en tant qu'elle aurait été imposée au donataire ou au légataire dans le but de garantir l'exercice d'un droit réservé par le disposant au profit d'un tiers.

Quoi de plus légitime encore, par exemple, que la défense imposée par le prémourant des époux au légataire de la nue propriété de ses biens, de ne pas l'aliéner, tant que vivra son conjoint survivant, auquel il en a laissé l'usufruit? (*supra*, n° 295; Toullier, t. III, n° 488; Aubry et Rau, *loc. supra*).

303. — C. Enfin, nous avons dit qu'il se pouvait même que la condition de ne pas aliéner dût être considérée comme licite, dans le cas où elle aurait été imposée dans l'intérêt du donataire ou du légataire.

Cette dernière application de notre règle est, toutefois, la plus délicate.

Le disposant, par exemple, a mis pour condition que le donataire ou le légataire, qui est encore un jeune homme de vingt ans, ne pourrait pas aliéner avant d'avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans ou avant de s'être établi par mariage.

Est-ce licite?

Non, pourrait-on répondre: car une telle condition

n'est qu'une prolongation de minorité et d'incapacité relativement à la chose donnée ou léguée ; et puis, si on peut défendre l'aliénation au gratifié pendant cinq ans, pourquoi pas pendant dix ans, pendant vingt ans, pendant toute sa vie? (comp. *supra*, n° 292; Paris 11 mai 1836, Rouyer, Dev., 1836, II, 360; Douai 29 déc. 1847, Thuillier, Dev., 1848, II, 468, et D., 1848, II, 68; Merlin, *Répert.* v° *Héritier*, sect. VII, n° 2 *bis;* Toullier, t. II, n° 51, et t. III, n° 488 ; Rolland de Villargues, v° *Prohibition d'aliéner*, n° 8; Ancelot, *loc. supra cit.;* Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 7).

Nous avions d'abord été porté à le croire ainsi (voy. *Revue crit. de jurisprudence*, t. I, p. 138).

Mais pourtant est-ce que l'on ne considère pas généralement comme licite la condition, qui serait imposée au donataire ou au légataire de ne pas se marier avant un certain temps ? (*supra*, n° 243.) Or, la capacité de se marier est certes tout autant de droit public que la capacité d'aliéner ; et puisque la condition de ne pas se marier avant un certain temps, est licite, pourquoi la condition de ne pas aliéner avant un certain temps serait-elle illicite ?

Est-ce que cette condition aussi ne peut pas être inspirée par des raisons très-légitimes de prévoyance et de garantie ? et si le disposant a craint que le donataire ou le légataire, dans l'ivresse des premières illusions, ne se laissât entraîner trop vite à user, c'est-à-dire à abuser de son droit de propriété ; s'il a voulu le sauver de ses égarements et lui assurer le bien, qu'il lui donnait pour son futur établissement par mariage, en quoi l'intérêt social pourrait-il être blessé par une condition si morale et dont le résultat ne peut que profiter au bon ordre du pays? N'oublions pas que ce n'est là qu'une simple défense temporaire, qu'il ne faut pas,

en général, considérer comme non écrite (arg. des articles 815 et 1660) ; il appartiendra d'ailleurs toujours aux juges d'apprécier si la défense, par les circonstances qui la constituent et qui l'accompagnent, présente réellement ce caractère (comp. Paris, 3 fév. 1829, Belot, Sirey, 1829, II, 71 ; Trib. civ. de Lyon, 28 juill. 1853, Roux, Dev., 1855, II, 424 ; Paris, 16 fév. 1859, Duchesne, *J. du P.*, 1860, p. 71 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p, 180 ; Troplong, *des Donat. entre-vifs et des testam.*, t. I, n° 271 ; *voy.* toutefois le même auteur, dans son *Commentaire du contrat de mariage*, t. IV, n° 3062).

303 *bis*. — Nous ne croirions pas non plus que l'on dût considérer comme non écrite la condition imposée par le disposant au gratifié, dans le cas où il voudrait aliéner, de proposer de préférence l'acquisition à certaines personnes désignées; car, une telle condition n'emporte même aucune défense d'aliéner (comp. Limoges, 1er juill. 1840, Goujon, D., *Rec. alph.*, v° *Disposition entre-vifs et des testam.*, n° 180; *voy.* aussi *supra*, n° 148).

303 *ter*. — Mais que faudrait-il penser de la condition, qui, en sens inverse, aurait défendu au gratifié, dans le cas où il voudrait aliéner, de transmettre à certaines personnes désignées l'objet qu'il a reçu du disposant?

Cette question peut paraître plus difficile.

Et pourtant, la vérité est qu'il ne résulte pas non plus de cette condition, une défense absolue d'aliéner ; le disposant d'ailleurs n'a-t-il pas pu avoir aussi des motifs sérieux pour désirer que le bien par lui donné n'arrivât point dans les mains de telle ou telle personne? (comp. Bruxelles, 20 oct. 1817, Tapharrel, D., *Rec. alph.*, *loc. supra*, n° 180).

304. — Quel est l'effet, ou plutôt quelle est la

sanction de cette défense d'aliéner, lorsqu'elle est licite ?

Il n'est pas douteux d'abord que si elle a été garantie par une clause pénale, l'aliénation que le donataire ou le légataire aurait faite contrairement à la condition, qui lui était imposée, doit donner contre lui ouverture à la clause pénale.

Si, par exemple, le disposant avait déclaré que, en cas d'aliénation, le gratifié payerait une certaine somme à un tiers, le tiers serait fondé à exiger de lui cette somme.

De même que dans le cas où le disposant aurait déclaré donner ou léguer à un tiers l'objet même de la libéralité, en tout ou en partie, ce tiers aurait le droit de le réclamer (*supra*, n° 278).

305. — Indépendamment de toute clause pénale, la révocation de la donation pourrait être demandée contre le donataire par le donateur qui se serait réservé un certain droit sur la chose; car il y aurait intérêt pour la conservation et le libre exercice de ce droit.

Et alors, les droits concédés à des tiers par le donataire seraient atteints de la même résolution qui frapperait son propre droit (art. 953, 955, 1046; comp. Troplong, *du Contrat de mariage*, t. IV, n° 3061).

306. — Mais il nous paraîtrait impossible d'admettre le donataire ou le légataire, qui aurait consenti l'aliénation, à se prévaloir ensuite contre les tiers, auxquels il aurait concédé des droits, de la défense d'aliéner, qui lui avait été imposée et qu'il aurait lui-même enfreinte; car il ne se peut pas qu'il évince ceux-là mêmes auxquels il doit garantie (art. 1625 et suiv.; L. 3, Cod. *De condict. ob causam datorum;* ff. tit. *De except. rei vendit. et tradit.;* comp. Douai, 29 déc.

1847, Thuillier, Dev., 1848, II., 462; Troplong, *du Contr. de mariage*, t. IV, n° 3060).

MM. Duranton (t. XV, n° 360), et Odier (*du Contrat de mariage*, t. III, n° 1100), paraissent toutefois exprimer, sur une question semblable, une doctrine différente.

307. — Il arrive souvent que la condition de ne pas aliéner est imposée au donataire entre-vifs, avec ce tempérament et ce correctif : *sans le consentement du donateur* (comp. Angers, 29 juin 1842, N..., Dev., 1842, II, 400; Bourges, 14 déc. 1852, Charlot, Dev., 1856, II, 468).

Et alors, bien entendu, le donataire peut aliéner, lorsque le donateur consent lui-même à l'aliénation.

308. — Mais il arrive aussi quelquefois, en sens inverse, que le donateur déclare que le donataire ne pourra pas aliéner, *même avec son consentement*, voulant probablement ainsi se mettre d'avance à l'abri des sollicitations, dont il pourrait être plus tard l'objet de la part du donataire, qui désirerait obtenir la main-levée de cette défense.

Est-ce que si le donateur avait concouru à l'aliénation ou à l'hypothèque qui aurait été consentie par le donataire, l'un ou l'autre, soit le donateur, soit le donataire, ou leurs ayants cause, pourraient alors soutenir que l'aliénation ou l'hypothèque ne sont pas valables?

On peut voir que, dans des circonstances semblables à celles que nous rappelons, une hypothèque consentie à la fois par le donateur et par le donataire, s'est trouvée annulée par suite d'un arrêt de la Cour suprême, qui a cassé un arrêt de la Cour de Lyon; et une hypothèque consentie dans l'intérêt du donateur lui-même au profit de l'un de ses créanciers personnels! (comp. Lyon, 12 juin 1856, Regnard, Dev.,

1856, II, 456; Cass., 20 avril 1858, Crémieux, Dev., 1858, I, 539).

Mais c'est que l'arrêt de la Cour de Lyon, sans s'occuper de cette circonstance, pourtant, à notre avis, si décisive, que le donateur et le donataire, capables et majeurs, s'étaient départis ensemble de la défense d'aliéner, avait fondé uniquement sa décision sur ce que la défense d'aliéner devait être regardée comme illicite.

Or, dans l'espèce, au contraire, cette défense devait être regardée comme licite, parce qu'elle avait pour but de garantir un droit d'usufruit que le donateur s'était réservé (*supra*, n° 295).

Et ce qui permet bien de croire que la Cour de cassation n'aurait pas approuvé, au fond, le résultat final de tout ceci, c'est qu'elle a cassé, par défaut d'ailleurs, l'arrêt de la Cour de Lyon, parce qu'il s'était fondé *sur le motif unique* que la condition, dont il s'agissait, était contraire aux lois.

309. — Nous avons à fournir encore quelques explications sur la condition d'*inaliénabilité*, en la considérant maintenant dans ses rapports avec la condition d'*insaisissabilité*.

Ainsi, d'abord, nous demandons si l'on peut déclarer *inaliénables* les objets que l'on peut déclarer *insaisissables*, dans une donation entre-vifs ou dans un testament? (art. 581-3°, Cod. de procéd.)

Cette question n'en serait pas une, bien entendu, pour ceux qui pensent que, dans ce cas, l'inaliénabilité est la conséquence tacite et nécessaire de l'insaisissabilité (comp. Nîmes, 18 déc. 1822, Barjeton Durfort, Sirey, 1825, II, 86; Duranton, t. XVI, n° 165).

Mais cette doctrine n'a pas été admise; et nous ne pensons pas, en effet, qu'elle soit admissible (comp. Cass., 31 mai 1826, Rollin, D., 1826, I, 292; Cass.,

22 févr. 1831, Ralet, Dev., 1831, I, 107 ; Cass., 1er avril 1844, Trublet, Dev., 1844, I, 468; Caen, 17 févr. 1851, Lefrançois, Dev., 1852, I, 346; Troplong, *de la Vente*, t. I, n° 227; *voy.* aussi notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 78).

Cela posé, et en prenant ce point de départ que les choses insaisissables ne sont point, par cela seul, inaliénables, revient notre question, à savoir : si le disposant ne peut pas les déclarer inaliénables en même temps qu'il les déclare insaisissables?

Nous ne le croirions pas :

1° En principe, les biens, qui sont dans le commerce, sont tout à la fois aliénables et saisissables; l'inaliénabilité et l'insaisissabilité sont des exceptions à ce principe d'ordre public (art. 537, 544, 1598, 2092, etc.);

Or, les textes de nos lois n'autorisent que la condition ou la clause d'insaisissabilité (comp. art. 1293-3°, 1981, Cod. Napol.; 581-5°, Cod. de procéd.);

Donc, la condition ou clause d'inaliénabilité n'est pas autorisée.

5° C'est qu'il y a, en effet, une différence entre la condition d'insaisissabilité, qui est relative aux créanciers du donataire ou du légataire, et la condition d'inaliénabilité, qui est relative aux tiers acquéreurs.

Les créanciers du donataire ou du légataire? ils ne peuvent pas être atteints injustement par la clause d'insaisissabilité; car de deux choses l'une : ou ils sont antérieurs à la donation entre-vifs ou au legs; et dans ce cas, ils n'ont pas pu compter sur l'objet donné ou légué; ou ils sont postérieurs; et dans ce cas, la clause d'insaisissabilité ne leur est pas opposable, du moins d'une manière absolue (art. 582, Cod. de Procéd.; *voy.* aussi *infra*, n° 310).

Mais, au contraire, la cause d'inaliénabilité serait

préjudiciable aux tiers acquéreurs, si elle pouvait leur être opposée, puisqu'elle anéantirait le droit lui-même qu'ils s'étaient proposé d'acquérir sur le bien donné ou légué.

3° On peut ajouter enfin cette autre différence encore, qu'il y a telle personne, qui se laisserait facilement entraîner à souscrire des obligations, et qui, au contraire, ne se déciderait pas à aliéner directement ses biens; et on comprend que le législateur ait autorisé la cause d'insaisissabilité seulement et non pas la clause d'inaliénabilité, l'une étant, en effet, une mesure de protection plus nécessaire que l'autre.

310. — Et ceci nous amène à une autre question, qui n'est pas moins grave.

Il s'agit de savoir si la condition d'insaisissabilité peut être valablement apposée non-seulement à une donation entre-vifs ou à un legs de sommes ou d'objets mobiliers, mais encore à une donation ou à un legs d'immeubles?

On s'accorde, en général, à reconnaître que cette condition ne saurait atteindre les personnes, qui postérieurement à la donation ou au legs, auraient traité avec le donataire ou le légataire, en considération des biens donnés ou légués (Cass., 10 mars 1852, Lefrançois, Dev., 1852, I, 314; et les autres citations *infra*, n° 311).

Et il nous paraît, en effet, certain qu'une telle clause d'insaisissabilité serait nulle, à l'égard des créanciers du donataire ou du légataire postérieurs à la donation ou au legs.

311. — Mais serait-elle valable, à l'égard des créanciers antérieurs?

La Cour de Caen, par un arrêt du 26 août 1850, a décidé affirmativement :

« Considérant.... que cette condition est licite,

puisque le sieur Letouzey (le légataire), n'avait pas de droit de réserve sur la succession de la testatrice, et qu'ainsi les biens étaient de libre disposition ; que les créanciers de Letouzey, antérieurs à l'ouverture de ce legs, ne peuvent se plaindre de la condition imposée à cette libéralité, puisque, cessant cette condition, la libéralité aurait pu ne pas exister ; — Considérant que la disposition de l'article 581 du Code de procédure n'est pas une disposition exceptionnelle ; qu'il n'existe aucun motif spécial de l'appliquer à une nature de biens plutôt qu'à une autre ; que dès lors elle doit être appliquée aux immeubles comme aux meubles, parce qu'elle n'est que la consécration d'un principe de droit commun.... » (Dev., 1852, I, 346.)

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt :

« Attendu que, aux termes de l'article 900, les seules clauses irritantes, dans les dispositions entre-vifs ou testamentaires, sont celles impossibles, ou qui sont contraires aux lois ou aux mœurs ; — Que la condition imposée par un testateur à sa libéralité dans le but de rendre les immeubles par lui légués insaisissables par les créanciers du légataire n'est ni impossible, ni prohibée par la loi, ni contraire aux mœurs ; — Que cette condition, d'ailleurs, ne peut évidemment s'appliquer qu'aux biens dont le testateur avait l'entière faculté de disposer; et qu'elle ne peut concerner que les créanciers antérieurs du légataire.... » (10 mars 1852, Lefrançois, Dev., 1852, I, 348.)

Et cette solution est appuyée aussi, dans la doctrine, sur d'imposantes autorités (comp. Pigeau, *Comm. du Cod. de procéd.*, sur l'article 581, t. II, p. 272, qui, toutefois, avait d'abord exprimé le sentiment contraire, dans sa *Procéd. civ.*, t. II, p. 254; Troplong, t. I, n° 272 ; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 7).

Nous avons été, dans l'affaire, sur laquelle ont été rendus les arrêts de la Cour de Caen et de la Cour de cassation, le conseil des créanciers du légataire.

Sommes-nous toujours sous l'influence de l'opinion de l'avocat? il se pourrait! ce que nous affirmons du moins, c'est que cette opinion était sincère; et la preuve en est qu'elle nous retient encore, malgré notre profonde déférence pour les hautes juridictions qui ont rendu les arrêts contraires, que nous venons de citer.

Nous allons en dire les motifs:

1° Aux termes de l'article 2092: « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens, mobiliers et immobiliers, présents et à venir.... »

Quel est le caractère de cette disposition? n'est-elle que de droit purement privé, et n'intéresse-t-elle que les relations particulières des créanciers et des débiteurs?

Il s'en faut bien! et l'article 2092 renferme, à notre avis, un principe essentiel de droit public autant que de droit privé.

Car il est fondé sur trois motifs essentiels, en effet, et qui s'élèvent au-dessus des volontés privées; à savoir:

Sur la nécessité publique, dans l'intérêt du crédit, de la bonne foi, de la sécurité des transactions civiles et commerciales, de garantir l'exécution loyale des obligations;

Sur le principe que les créanciers doivent pouvoir exercer tous les droits de leur débiteur, en son lieu et place, excepté ceux-là seulement, qui sont exclusivement attachés à sa personne (art. 1166);

Sur ce principe enfin, qui n'en est que la déduction, que, lorsque le débiteur a la propriété d'un bien, et qu'il est le maître d'en disposer comme bon lui semble, de la manière la plus absolue (art. 544), ses

créanciers, qui sont ses ayants cause, doivent pouvoir faire vendre ce bien pour être payés, si leur débiteur ne le vend pas lui-même; car il est impossible que le droit légitime des créanciers dépende de la fantaisie du débiteur ;

Or, ces trois motifs-là se rattachent certainement à l'intérêt général du pays;

Donc, on ne peut pas déroger, par des clauses particulières, à la disposition, qui en est l'expression et le produit (art. 6) :

Donc, en principe, tous les biens du débiteur, qui sont aliénables par lui, sont aussi nécessairement saisissables par ses créanciers.

2° A ce principe, il est vrai, le législateur a fait certaines exceptions : les unes, fondées principalement sur un intérêt public, comme celle qui est relative à l'insaisissabilité des rentes sur l'État; les autres, fondées principalement sur un intérêt privé, comme celle dont il est question dans l'article 581-3° du Code de procédure.

Mais ce sont là des exceptions que le législateur seul a pu faire, et qui ne sauraient être étendues au delà de leurs limites.

Or, ne résulte-t-il pas, soit du texte même de l'article 581 du Code de procédure, soit des motifs sur lesquels cet article est fondé, que la condition d'insaisissabilité, qu'il autorise, ne s'applique qu'aux donations ou aux legs de sommes ou d'objets mobiliers.

De son texte : car il est placé sous le titre de la *Saisie-arrêt*, qui ne s'applique pas aux immeubles; et il suffit de voir quels objets sont compris dans les numéros 1, 2 et 4 de cet article, pour reconnaître que la pensée du législateur, dans le numéro 3, s'applique aussi à des objets de même nature, c'est-à-dire à des objets mobiliers (*voy.* de même art. 1293-3°, et 1981

du Code Napol.); aussi ne trouve-t-on aucune disposition semblable au titre de la *Saisie immobilière*.

De ses motifs : car, en autorisant, par exception, cette clause d'insaisissabilité, le législateur a été déterminé par des considérations d'humanité; il a voulu que l'on pût assurer des secours, des moyens d'existence au débiteur, par une donation entre-vifs ou par un testament; et de même qu'il déclarait, de plein droit, insaisissables le coucher du saisi, les farines et menues denrées nécessaires à la consommation du saisi et de sa famille pendant un mois (art. 581-1°, 592), il a permis au donateur ou au testateur de déclarer insaisissables *les sommes et objets disponibles*, qu'il lui laissait (art. 581-3°); mais cela, toujours, sous l'influence de la même pensée d'humanité; et la preuve en est dans le numéro 4, qui présume cette clause d'insaisissabilité dans le don ou le legs de pensions, par cela seul qu'ils ont été faits pour *aliments*.

Voilà l'article 581 du Code de procédure.

Mais ce n'est pas avec des donations ou des legs d'immeubles qu'on a coutume de subvenir à des débiteurs sans ressources! et le législateur n'avait aucun motif de se départir, en ce qui concerne les immeubles, du principe d'intérêt public, qui veut que tous les biens aliénables par le débiteur, soient saisissables par ses créanciers.

Il avait, au contraire, des motifs sérieux de faire, à cet égard, une différence entre les meubles et les immeubles; c'est, qu'en effet, l'insaisissabilité des meubles ne saurait avoir la même importance ni les mêmes dangers que celle des immeubles. Une rente, une pension sont, en quelque sorte, des secours cachés; tandis que la possession de terres et de domaines par le débiteur serait un scandale public, s'il était vrai que ces terres et ces domaines pussent être inviolables à son

profit, de la part de ses créanciers! Il est vrai que la loi permet au disposant de déclarer insaisissables toutes les sommes et tous les objets mobiliers disponibles, à quelque valeur qu'ils puissent s'élever; mais sa pensée essentielle n'en a pas moins été seulement de permettre d'assurer ainsi des moyens d'existence à un débiteur ruiné; et si la généralité de ses termes rend possible l'abus de cette faculté, en ce qui concerne les meubles, c'est encore une raison de plus pour ne pas l'étendre aux immeubles, à l'égard desquels les abus seraient toujours bien plus fréquents et bien plus graves, puisqu'on pourrait voir des universalités tout entières, et les successions immobilières les plus considérables protégées par cette clause d'insaisissabilité!

3° Où s'arrêterait-on, d'ailleurs, dans cette voie?

Et si, comme a dit la Cour de Caen, l'article 581 du Code de procédure n'est que la consécration d'un principe de droit commun, pourquoi restreindrait-on l'effet de cette insaisissabilité aux créanciers antérieurs à la donation entre-vifs ou au legs? Ne devrait-on pas, au contraire, la déclarer opposable même aux créanciers postérieurs, sous les restrictions seulement qu'y apporte l'article 582, en ce qui concerne les meubles?

Pourquoi même aussi n'irait-on pas, avec certains auteurs, jusqu'à dire que l'insaisissabilité peut être établie également au profit des héritiers du gratifié! (comp. Carré, *Quest.*, 1987; de Belleyme, *des Référés*, t. I, p. 188).

4° On objecte que les créanciers antérieurs n'ont pas pu compter sur les biens donnés ou légués, et *qu'il est licite à un testateur ou à un donateur de préférer le donataire aux créanciers de ce dernier.*

Cela est-il bien vrai? et peut-on même se rendre exactement compte d'une préférence semblable? Quand on dit que le donateur ou le testateur préfère le dona-

taire à lui-même, ou le légataire à ses héritiers, il y a là une idée très-simple et très-nette.

Mais en est-il de même quand on vient dire que le donateur peut préférer le donataire aux créanciers de ce même donataire?

Eh ! comment donc?

Est-ce qu'il y a ici deux personnes, dont l'une serait appelée, et dont l'autre serait exclue? pas le moins du monde ! il n'y a qu'une seule et unique personne, savoir : le donataire ou le légataire.

Ses créanciers ! il ne sont que ses ayants cause ; ils n'ont pas une personnalité distincte de la sienne; et il est difficile de comprendre comment on peut les exclure de la libéralité que l'on fait à leur débiteur, en disant qu'on préfère leur débiteur à eux-mêmes!

Qu'est-ce donc à dire? que si, en effet, vous avez rendu le débiteur propriétaire d'une chose, par une donation entre-vifs ou par un legs, et si le débiteur, devenu maître, peut aliéner cette chose de la manière la plus absolue, la conséquence nécessaire en est que ses créanciers, qui le représentent, que ses créanciers, qui sont *le débiteur lui-même*, peuvent, de son chef et en son nom, faire saisir et vendre cette chose.

Voilà, disons-nous, la conséquence nécessaire du droit de propriété, dès qu'il est acquis au débiteur lui-même.

La loi seule a eu le pouvoir de faire à ce principe une exception, en ce qui concerne les meubles disponibles; et, en dehors de cette exception, le principe reprend son empire.

5° Mais alors, s'écrie-t-on, la libéralité ne sera pas faite! le débiteur y perdra; mais les créanciers antérieurs n'y gagneront rien!

Eh bien! répondrai-je, la libéralité ne sera pas faite! mais du moins n'aurons-nous pas le spectacle

d'un débiteur insultant par son opulence, par ses prodigalités, ou même peut-être par ses débauches, aux créanciers qu'il aura ruinés! Nous nous prenons à accuser le régime dotal lui-même, malgré ses effets d'ailleurs si salutaires, lorsqu'il lui arrive de nous montrer un mari dans la richesse, à l'abri des biens dotaux de sa femme, en face de ses créanciers malheureux! c'est là, en effet, un désordre véritable; et nous croyons que la morale publique est intéressée à ce que de telles situations ne puissent pas se multiplier! or, il est clair qu'elles seraient, dans notre hypothèse, d'autant plus déplorables, que ces biens, que l'on voudrait soustraire à l'action légitime des créanciers, seraient de libre disposition et appartiendraient en pleine et entière propriété à leur débiteur lui-même, qui serait maître de les aliéner! (Comp., Riom, 23 janv. 1847, Delvincourt, D., 1847, II, 122; Favard, *Répert.*, t. III, p. 493, n° 3; Chauveau sur Carré, n° 1198; Ancelot, *Revue de législation*, 1852, t. III, p. 158 et suiv.; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 180, 181; Dalloz, *Rec.*, *alph.*, voy. *Disposit. entre-vifs et testam.*, n° 179.)

312. — La Cour de Paris a décidé que la clause d'une donation, par laquelle le donateur affranchit de l'exercice de toute hypothèque, même de l'hypothèque judiciaire, que pourrait un jour obtenir le donataire, certains immeubles appartenant soit à ce donateur, soit aux tiers chargés d'exécuter la libéralité, n'a rien de contraire aux lois; et qu'elle s'oppose dès lors à ce que le donataire inscrive sur ces immeubles une hypothèque, qu'il a ultérieurement obtenue (3 juin 1856, Meulien, Dev., 1856, II, 458; ajout. Cass., 27 déc. 1853, Grandmaison, Dev., 1854, I, 81; Angers, 22 nov. 1850, Reproche, Dev., 1850, II, 318).

Nous le croyons également ainsi; et il nous paraît

que rien ne fait obstacle à ce que le donataire renonce aux garanties, qui pourraient assurer, à son profit, l'exécution de la libéralité.

313. — Lorsque le mari, d'après les conventions matrimoniales, a l'administration et la jouissance des biens personnels de la femme, un tiers peut-il faire à la femme une libéralité sous la condition que le mari n'aura ni l'administration ni la jouissance du bien donné ou légué ? La condition, qui attribue l'administration de ce bien à la femme est-elle licite, ou doit-elle être, au contraire, réputée non écrite ?

Nous avons entrepris d'établir dans notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps* (t. II, n° 171), qu'une telle condition pouvait être valablement imposée.

314. — Nous avons aussi ailleurs, dans notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle* (n° 468), résolu affirmativement une question très-semblable, à savoir : si l'on doit considérer comme licite la condition insérée dans une libéralité faite à un enfant mineur, que le père de cet enfant n'aura ni la jouissance ni même l'administration des biens donnés ou légués (comp. Paris, 22 fév. 1838, Limousin, D., *Rec.*, *alph.*, h. v., n° 123 ; Orléans, 27 mai 1854, Babeuille, D., 1855, II, 75 ; Saintespès-Lescost, t. I, n° 143 ; et les autres citations dans notre Traité précité.)

315. — Il arrive quelquefois qu'un testateur, en léguant des biens à un enfant mineur, y met pour condition que ceux de ces biens, dont la vente sera nécessaire pour l'acquit des dettes, seront vendus sans formalités de justice, par une personne qu'il charge de ce soin.

Une telle condition est-elle licite ?

Cette question s'était élevée déjà dans notre ancien

droit; et elle y était fort controversée; les mêmes dissidences existent, à peu près, encore aujourd'hui dans notre droit nouveau.

Pour soutenir que cette condition-là doit être réputée non écrite, on peut raisonner ainsi :

1° Il n'est pas permis de déroger aux lois, qui intéressent l'ordre public (art. 6);

Or, les lois, qui sont relatives au gouvernement des tutelles, celles notamment qui déterminent les formalités protectrices, sous la garantie desquelles les biens appartenant aux mineurs devront être vendus, ces lois intéressent l'ordre public;

Donc, il ne saurait être permis d'y déroger.

2° Quel serait d'ailleurs le caractère du pouvoir de cette personne, que le testateur a préposée à la vente des biens?

Serait-ce un mandat? mais le mandat finit par la mort du mandant! (Art. 2003.)

Objectera-t-on qu'il en est autrement du mandat d'exécuteur testamentaire, qui, au contraire, ne commence que par la mort du mandant? mais la loi a réglé l'étendue et la limite des pouvoirs, qui peuvent être conférés à un exécuteur testamentaire; et elle ne permet pas au testateur de lui conférer le pouvoir de vendre les biens et surtout les biens immeubles, sans le concours des légataires et sans aucunes formalités de justice, lorsqu'ils sont mineurs (*voy.* un arrêt de la Cour de Riom, du 21 juin 1839, rapporté par M. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 698, note *b;* et Paris, 16 août 1849, Duflocq, D., 1850, II, 194).

Telle était, en effet, autrefois la doctrine de Brodeau, qui pensait que « la disposition d'un particulier, qui, par son testament, ordonne la vente et l'aliénation, ne peut point déroger au droit public ni empêcher que les lois et ordonnances aient lieu » (sur Louët, lettre A,

somm. 5, n° 3); et un arrêt du parlement de Paris, du 18 août 1588, paraît avoir aussi déclaré nulle la clause par laquelle un père avait ordonné que les biens laissés par lui à son fils mineur, seraient vendus sans solennités de justice. (Louët, *loc. supra cit.*)

Ces motifs sont d'une gravité incontestable; mais est-il vrai pourtant qu'ils soient décisifs?

1° Il importe de remarquer d'abord qu'il ne s'agit pas de décider, en principe général, qu'il est toujours permis de déroger aux lois, qui concernent l'organisation et l'administration de la tutelle; et par exemple, nous n'admettons pas non plus qu'il appartienne ni au premier mourant des père et mère, ni au dernier mourant, ni au conseil de famille, ni à personne, enfin! de modifier les attributions et les devoirs du tuteur, tels que la loi elle-même les a faits (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle,* etc., t. I, n°s 142-150).

Nous ne l'admettons pas, disons-nous, en tant que l'on voudrait modifier les pouvoirs du tuteur relativement aux biens déjà acquis au mineur, et indépendamment de toute libéralité qui lui serait faite.

2° Mais la question, qui nous occupe, n'est pas celle-là! Il s'agit, dans notre question, de biens, qui n'appartiennent pas encore au mineur et qui ne lui adviennent que sous cette condition concomitante et contemporaine de son acquisition, que le disposant lui-même y a attachée, à savoir : qu'ils seront vendus sans formalités pour l'acquit de ses dettes.

Et cette différence avait été observée aussi en droit romain :

La Constitution 3 au Code *Quando decreto opus non est*, était ainsi conçue :

« Prœdium nulla ratione a minore viginti quinque « annis alienari potest, nisi parentis voluntas vel testa-

« toris, *ex cujus bonis ad minorem pervenit*, super alie-
« nando aliquid mandasse deprehendatur. »

Nous ne rechercherons pas, avec les anciens interprètes, si, d'après cette loi, le testateur n'avait que le pouvoir de dispenser du décret du juge, sans pouvoir dispenser également des autres formalités (comp. Mornac sur la loi du 17, ff. *Comm. præd.*); ce n'est là qu'un point accessoire ; la règle principale, qui ressort de ce texte, c'est celle, qui fait la différence entre les biens déjà acquis au mineur et les biens que le mineur n'acquiert que sous la condition, dont nous avons ici à déterminer le caractère.

C'est que, effectivement, cette différence est sérieuse !

Qu'est-ce, en réalité, que cette disposition autre chose qu'un legs du *reliquat*, du *boni*, qui restera après la vente des biens et le payement des dettes? et n'est-ce pas mettre l'effet avant la cause, que de dire que ce sont les biens du mineur, qui vont être vendus sans formalités de justice, puisque précisément il n'y a de légué au mineur que ce qui restera après la vente elle-même?

« Au fond, dit M. Bayle-Mouillard, le testateur aurait pu donner ces immeubles disponibles à sa femme (la mère des enfants mineurs légataires), à la charge de vendre à l'amiable ce qu'il faudrait pour payer les dettes et de rendre l'excédant à ses enfants; cette disposition n'eût été différente que par la forme de celle que nous examinons; et l'incontestable validité de la seconde ne permet guère de croire à la nullité de la première » (sur Grenier, *loc. supra cit.*).

Gaius déclarait valable le mandat qu'une personne aurait donné à un tiers d'acheter, après sa mort, un immeuble pour ses héritiers :

« ... *Ut, post mortem meam, heredibus meis emeres*
« *fundum.* » (L. 13, ff. *Mandati.*)

N'est-ce point là notre hypothèse en sens inverse? Si le défunt a pu vouloir que ses héritiers eussent un immeuble plutôt que des capitaux, n'a-t-il point pu vouloir aussi qu'ils eussent des capitaux plutôt qu'un immeuble? et le moyen qu'il a pu employer, à cet effet, dans un cas, n'a-t-il pas pu l'employer également dans l'autre?

3° Ajoutons, enfin, que cette condition peut être sage et prévoyante, et très-conforme au plus évident intérêt des mineurs eux-mêmes.

C'est un homme, par exemple, dont la fortune est embarrassée, et qui craint, pour ses jeunes légataires, pour ses enfants peut-être, que le passif devienne égal à l'actif, si la liquidation est faite judiciairement, avec tout ce cortége de formalités si dispendieuses, qui l'accompagnent! et il a chargé sa veuve, ou son frère, ou un ami dévoué et intelligent, de la faire à l'amiable, et de prendre, s'il y a lieu, avec ses créanciers, les arrangements les meilleurs, afin de prévenir les frais et les contestations; ne serait-il pas regrettable qu'une telle clause dût être nécessairement réputée non écrite? (comp. Cass., 17 avril 1855, Deschamps, D., 1855, I, 201).

4° Nous nous réservons, d'ailleurs, d'examiner plus tard ce qui concerne l'étendue des pouvoirs, qui peuvent être donnés à l'exécuteur testamentaire, et plus généralement, s'il est vrai qu'un mandat, qui ne doit commencer qu'après la mort du mandant, doive prendre fin par cette mort même, c'est-à-dire, en d'autres termes, qu'un tel mandat soit impossible. Qu'il nous suffise, quant à présent, de remarquer que cette thèse s'écarte de toutes les traditions antérieures, et que la Cour de cassation a maintenu, au contraire, tout récemment ces traditions (comp. Cass., 22 mars 1860, Goirand, Dev., 1860, I, 721; Pothier, *du Mandat*, n° 108; Duranton, t. 18, n° 284; Troplong, *des Donat.*

entre-vifs et des testam., t. I, n° 270; t. IV, n°s 1992 et 2033; et *du Mandat*, n° 728; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 473; Massé et Vergé, t. V, § 576, note II.)

316. — Nos anciens auteurs français enseignaient généralement, en se fondant sur la loi 26 au Digeste, *De liberatione legata*, que l'on doit regarder comme licite la condition apposée à une libéralité faite par le tuteur à son ancien pupile, de ne pas demander son compte de tutelle (comp. Ricard, n° 145; Furgole, n°s 110 et suiv.).

Telle est encore la doctrine de la plupart des jurisconsultes modernes, qui pensent que les articles 472 et 2045 ne sont point applicables dans ce cas, et que la condition doit être maintenue (comp. Rolland de Villargues, v° *Compte de tutelle*, n° 11; Coin-Delisle, art 900, n° 20; Grenier, t. I, n° 153, et Bayle-Mouillard, note *b;* Toullier, t. III, n° 269; Duranton, t. VIII, n° 145; Troplong, t. I, n° 257; Gauthier de La Chapelle, *Encycl. du dr.*, v° *Condition*, n° 169).

Cette solution sera, en effet, au fond, presque toujours la plus exacte. Mais il est permis de se demander si elle est bien formulée, et s'il est vrai de dire que l'on doit considérer comme licite la condition qu'un ancien tuteur aurait imposée à la libéralité qu'il faisait au mineur, de lui remettre quittance de sa gestion, sans avoir rempli les formalités prescrites par l'article 472.

Nous pensons que la question étant ainsi posée, c'est négativement qu'il faudrait la résoudre; car l'article 472 renferme une disposition tutélaire à laquelle le mineur devenu majeur ne peut pas valablement renoncer; sa renonciation étant, dans ce cas, entachée du même vice qui rendrait nul l'arrêt de compte de tutelle lui-même, s'il n'avait pas été fait conformément à l'article 472.

Mais voici ce qu'il faut ajouter : c'est que les dispositions, donations entre-vifs ou testaments, qui sont faites par le tuteur au profit de l'ancien mineur, avec une clause de ce genre, ne constituent pas des libéralités pures! elles ne sont pas faites seulement sous une condition; la vérité est qu'elles ont pour cause, et on peut même aller jusque-là! pour équivalent en faveur du disposant, l'obligation qui est imposée d'une façon synallagmatique, au mineur devenu majeur, de ne pas demander son compte de tutelle.

Et alors la conclusion à tirer d'un tel acte ainsi apprécié, ce n'est pas précisément que la condition est valable; c'est que l'acte forme un tout indivisible; et que si le mineur devenu majeur en demande ensuite la nullité, comme il en a le droit! pour cause d'inobservation de l'article 472, il sera obligé de restituer tout ce qu'il a reçu en vertu de l'acte même, qui sera déclaré nul. En un mot, il faudra, dit très-bien Grenier, opter entre la libéralité et l'action en reddition de compte (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. II, n°s 39, 67 et 97; *supra*, n° 277; Paris, 14 août 1812, Pomirol, Sirey, 1812, II, 434; Cass., 14 déc. 1818, Veyren, Sirey, 1819, I, 252; Orléans, 20 mars 1852, Gallais, Dev., 1853, II, 13; Boucheul, *des Conventions de succéder*, ch. v, n° 35.)

317. — La question s'est élevée souvent aussi de savoir si la condition de ne pas faire inventaire ou la dispense d'inventaire est valable dans les différents cas où le donataire ou le légataire, a, soit la faculté, soit le devoir de remplir cette formalité.

Et les sentiments ont toujours été fort divisés sur ce point.

D'après Cujas, une telle condition n'avait rien que de licite (*sur la loi ult.*, Cod. *De jure deliber.*)

Tandis que Henrys (liv. V, quest. 51), et Furgole (t. IV, p. 120, n° 79), la regardaient comme illicite.

Les mêmes dissidences ont continué d'exister.

Et un parti considérable enseigne encore aujourd'hui, comme faisait Cujas, que cette condition est valable (comp. Bordeaux, 2 janv. 1833, Drilholles, D., 1833, II, 97; Cass., 24 oct. 1834, Bret, D., 1835, I, 79; Troplong, t. I, n°s 257-262; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 696, note *b*).

Nous croyons, quant à nous, devoir persister dans la solution uniformément négative, que nous avons appliquée à cette difficulté, chaque fois que nous l'avons rencontrée déjà; et, en conséquence, notre avis est :

1° Que le disposant qui fait une libéralité à un mineur, ne peut pas valablement dispenser le tuteur de faire l'inventaire des biens donnés ou légués (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t I, n°s 548, 549);

2°, Qu'il ne peut pas davantage dispenser le légataire de l'usufruit de faire dresser l'inventaire des meubles sujets à son droit (comp. notre *Traité de la Distinction des biens; — de la Propriété; — de l'Usufruit,* etc., t. II, n°s 473-475);

3° Enfin, qu'il n'est pas non plus en son pouvoir d'interdire à son successeur le bénéfice d'inventaire, en lui enjoignant d'accepter sa succession purement et simplement (comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 126 ; Demante, t. IV, n° 16 *bis*, VI).

318. — Faut-il considérer comme illicite la condition imposée par le testateur au légataire de jurer qu'il accomplira les charges du testament?

Le droit romain le décidait ainsi; et quoiqu'il admît comme valable, dans les contrats, la condition de jurer (L. 39, ff. *De jurejurando*), il la déclarait nulle,

au contraire, dans les testaments, si ce n'est seulement lorsqu'il s'agissait des affranchissements testamentaires (comp. L. 8, § 3, ff. *De condit. instit.*; L. 20, ff. *De condit. et demonstr.*; L. 12, ff. *De manum. testam., voy.*, aussi pourtant la loi 97, ff. *De condit. et demonstr.*).

Il paraît que cette condition du serment avait été, dans les testaments, l'occasion de beaucoup d'abus et de scandales; et le Préteur finalement avait cru en devoir faire remise;

« *Cum faciles sint nonnulli hominum ad jurandum* « *contemptu religionis, alii perquam timidi divini numi-* « *nis usque ad superstitionem, ne vel hi, vel illi, aut* « *consequerentur, aut perderent quod relictum est....*» (L. 8, ff. *De condit instit.*).

Notre ancienne jurisprudence française avait suivi cette tradition; et elle tenait aussi pour nulle la condition de jurer (comp. Ricard, n° 240; Furgole, chap. VII, sect. II, n°s 48-52).

Que faut-il décider aujourd'hui?

Plusieurs jurisconsultes ont pensé qu'une telle condition n'avait, en soi, rien d'illicite, et que la loi ne l'ayant pas défendue, on devait la regarder comme valable (arg. des articles 1357, 1358 et suiv., comp. Toullier, t. III, n° 489; Rolland de Villargues, v° *Condition*, n° 138; Gauthier de La Chapelle, *loc. supra cit.*, n° 174).

D'une autre part, on peut répondre que ces sortes de conditions ont tout au moins quelque chose d'étrange et qu'elles sont peu conformes à nos mœurs; à ce point qu'il serait vrai de dire qu'elles les étonnent et qu'elles les froissent; est-il bon, d'ailleurs que l'on puisse si facilement, si légèrement, faire intervenir la divinité dans les affaires positives de la vie civile? et ne doit-on pas encore avoir la même crainte

qu'avaient eue les Romains, d'y voir trop souvent profaner la sainteté du serment? (comp. Troplong, t. I, n° 235.)

Ce que l'on pourrait dire, c'est que la validité d'une telle condition pourrait dépendre des circonstances.

Et, par exemple, on concevrait qu'il y eût lieu de la considérer comme non écrite, s'il s'agissait d'une condition de jurer imposée purement et simplement.... de jurer.... eh! devant qui, en effet? et entre les mains de qui?

Mais faudrait-il le décider de même, dans le cas où le disposant aurait imposé à son légataire l'obligation de jurer entre les mains de ses héritiers, qu'il accomplirait les charges dont il l'a grevé? et si le père mourant imposait une telle condition à son fils vis-à-vis de sa mère survivante, à laquelle il aurait laissé une rente viagère, y aurait-il donc quelque chose d'illicite dans cette obligation de serment?

319. — Il est une dernière espèce de conditions, dont nous n'avons encore rien dit, et qui sembleraient n'être impossibles ni physiquement, ni légalement.

Telles sont ces conditions, plus ou moins bizarres, que les testateurs ordonnent quelquefois relativement à leurs funérailles... *circa sepulturam* (L. 113, § 5, ff. *De legat.* 1°) :

J'institue Primus mon héritier, s'il me fait ensevelir avec mes plus riches habits, ou, comme avait dit une dame romaine, avec mes émeraudes et mes diamants (L. 40, § 2, ff. *De auro, argento*, etc.).

Il paraît que les testaments, à Rome, offraient souvent des exemples de conditions de ce genre; mais Marcianus nous apprend, d'après Papinien, qu'elles n'obligeaient pas l'héritier.

« *Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam,*
« *veluti vestes, aut si qua alia supervacua ut in funus*

« *impendantur, non valere, Papinianus libro III Respon-* « *sorum scribit.* » (L. 113, § 5, *supra.*)

Furgole, dans notre ancien droit, traduisant la loi romaine, considérait aussi ces conditions-là comme *ineptes* et les déclarait non écrites (chap. VII, sect. II, n° 31).

Cette solution doit être encore aujourd'hui la nôtre ; ce sont là, en effet, des fantaisies, des écarts d'une imagination déréglée, qui ne sont inspirés que par de sottes vanités ou par des superstitions grossières ; et on doit d'autant moins en tenir compte, que non-seulement personne ne saurait avoir intérêt à ce qu'elles soient remplies, mais que les convenances publiques et le respect des choses saintes s'opposent, au contraire, à leur accomplissement.

A plus forte raison en serait-il ainsi de celles de ces conditions qui dénoteraient de la part du testateur, des sentiments d'irréligion et d'impiété, comme s'il avait ordonné de brûler son cadavre ou de le jeter à la mer ! (comp. L. 27, ff. *De condit.; instit., supra,* n° 206 ; Troplong, t. I, n° 236.

320. — Des développements que nous avons fournis sur l'article 900, résulte un enseignement qu'il nous paraît utile de faire ressortir comme conclusion.

Nous voulons rappeler l'influence considérable, et souvent décisive, que peut avoir, en ce sujet particulièrement, *la forme* sur *le fond!* et combien il importe d'apporter d'attention dans la rédaction des actes de libéralité, où se rencontrent des conditions du genre de celles qui peuvent soulever les diverses questions que nous venons de parcourir.

Les différences sont parfois si peu tranchées, et les nuances si délicates entre celles qui doivent être considérées comme illicites, et celles qui peuven être considérées comme licites, que les termes de la formule

employée pour les exprimer, y sont toujours d'une grande importance; à ce point qu'il n'est pas impossible que la même condition, eu égard à la tournure plus ou moins habile qui lui aura été donnée, revête, suivant les cas, un caractère différent, et soit considérée comme licite dans tel acte, et comme illicite dans tel autre!

C'est ainsi que nous avons vu que si une rente est léguée à une personne, sous la condition absolue qu'elle ne se mariera point, cette condition doit être regardée comme illicite; tandis que si la rente lui est léguée pour ne durer que jusqu'à l'époque où elle se mariera, la condition pourrait être regardée comme licite (*supra*, n°s 233 et 241 *bis*; comp. Coin-Delisle, art. 900, n° 45).

CHAPITRE II.

DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER ET DE RECEVOIR PAR DONATION ENTRE-VIFS ET PAR TESTAMENT.

SOMMAIRE.

321. — Division.

321. — Deux points principaux doivent être, sur cette matière, l'objet de notre étude, à savoir :

I. Quelles sont les causes d'incapacité de disposer et de recevoir que le Code Napoléon a établies;

II. A quelle époque il faut s'attacher pour apprécier la capacité de disposer et de recevoir.

SECTION I.

QUELLES SONT LES CAUSES D'INCAPACITÉ DE DISPOSER ET DE RECEVOIR QUE LE CODE NAPOLÉON A ÉTABLIES.

SOMMAIRE.

322. — La règle générale est la capacité, pour chacun, soit de disposer, soit de recevoir; l'incapacité est une exception, qui doit être prouvée par celui qui l'invoque.
323. — Cette règle est appliquée par l'article 902 non-seulement à la capacité de disposer et de recevoir par donation entre-vifs, mais encore à la capacité de disposer et de recevoir par testament. — Observation.
324. — *Toutes personnes*, dit l'article 902; par conséquent, les femmes aussi bien que les hommes, sans excepter non plus les eunuques ni les hermaphrodites.
325. — La capacité est exigée non-seulement pour disposer, mais encore pour recevoir; il faut excepter toutefois la capacité *de fait*, qui n'est exigée que pour disposer.
326. — Les incapacités soit de disposer, soit de recevoir, sont absolues ou relatives.
327. — Les incapacités relatives, résultant de la qualité respective des parties, s'appliquent pour l'une, à la faculté de disposer, et pour l'autre, à la faculté de recevoir.
328. — Ce n'est pas à dire, toutefois, que les incapacités, soit absolues, soit même relatives, soient toujours réciproques. — Explication.
329. — Il faut distinguer encore l'incapacité de fait d'avec l'incapacité de droit.
330. — Les diverses causes d'incapacité peuvent être distinguées en trois classes principales, savoir : 1° Les incapacités absolues de disposer; 2° les incapacités relatives de disposer et de recevoir; 3° les incapacités absolues de recevoir.

322. — L'article 902 est ainsi conçu :

« Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, « soit par donation entre-vifs, soit par testament, « excepté celles que la loi en déclare incapables. »

Ainsi, la capacité est la règle; et l'incapacité l'exception.

En sorte que c'est à celui qui prétend qu'une personne est incapable soit de disposer, soit de recevoir, à en faire la preuve.

Et cette preuve, bien entendu, ne peut être faite qu'au moyen d'un texte de loi.

D'où il suit, disait Ricard, que « si la loi n'interdit que la liberté de donner, celle de recevoir n'y est pas comprise ; ou que si l'interdiction n'est prononcée que pour le testament, on ne peut pas l'étendre à la donation entre-vifs, et ainsi des cas contraires. » (*Des Donations*, liv. III, sect. II, n° 126.)

Nous avons d'ailleurs dejà, plus d'une fois, constaté que tel était, dans notre droit, le principe général (comp. art 8, 488, 1123 ; notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 10 ; notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 364).

323. — Ce qu'il faut, en outre, remarquer, c'est que ce principe est appliqué par l'article 902 non-seulement à la capacité de disposer et de recevoir par donation entre-vifs, mais aussi à la capacité de disposer et de recevoir par testament.

Il n'y a donc plus lieu d'admettre la différence que l'on faisait autrefois entre la donation entre-vifs, qui étant, disait-on, du droit naturel, pouvait être faite par tous ceux que la loi n'en avait pas déclarés incapables, et le testament, qui étant, au contraire, du droit civil, ne pouvait être fait que par ceux que la loi en avait déclarés capables (comp. Pothier, *des Personnes*, part. I, tit. II, sect. II, n° 6 ; Hilliger sur Doneau, VI, 4, I ; Furgole, chap. IV, sect. II, n° 20).

Cette différence avait pu être exacte chez les Romains, où le testament, considéré comme une sorte de loi, ne pouvait émaner que de ceux auxquels le législateur avait permis de le faire (voy. *Inst.*, liv. II, tit. XII : *Quibus non est permissum facere testamentum*, et *supra*, n° 34).

Mais aucun motif ne justifierait ailleurs une telle distinction.

Aussi, dès longtemps, cette doctrine avait soulevé des dissidences parmi les jurisconsultes; et Doneau particulièrement exprimait en termes fort explicites une doctrine toute contraire :

« *Omnes testamentum facere possunt qui non prohiben-* « *tur.* » (*Loc. supra cit.; voy.* aussi Domat, *Lois civ.*, liv. III, tit. I, sect. II, n° 1.)

A combien plus forte raison cette doctrine doit-elle être admise sous notre Code.

Nous devons ajouter pourtant que l'ancienne distinction entre la capacité de disposer et de recevoir par donation entre-vifs et la capacité de disposer et de recevoir par testament, y a toujours conservé des partisans; et c'est ainsi que Demante l'a encore reproduite (t. IV, n°s 18 et 18 *bis;* ajout. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 186).

Mais déjà nous avons entrepris de la combattre (*voy.* notre *Traité de la Publication, des effets, et de l'application des lois en général, etc.*, n° 243).

Et nous ne pouvons que persister dans le sentiment que nous avons exprimé.

La faculté de disposer par testament est aussi bien, à nos yeux, une conséquence du droit de propriété que la faculté de disposer par donation entre-vifs (*supra*, n° 4); et nous en trouvons une preuve de plus dans notre article 902, qui proclame, sans distinction entre l'une et l'autre, que la capacité de disposer et de recevoir forme la règle générale et le droit commun.

324. — *Toutes personnes*, dit notre texte, peuvent disposer et recevoir.

Les femmes, par conséquent, aussi bien que les hommes, comme le disait expressément l'ancienne cou-

tume d'Orléans, dans son article 275 (comp. art. 225, 488, 905, etc.).

Sans excepter non plus les hermaphrodites, ni les eunuques !

Le législateur moderne avait trop de sagesse pour maintenir les incapacités, dont quelques jurisconsultes, autrefois, voulaient frapper cette classe de personnes; et on peut voir, par certains arguments, qu'ils y avaient employés, que le bon sens et le bon goût ne protestaient pas moins que le droit, contre ces sortes d'exclusions (comp. Hilliger sur Doneau, VI, 5, note 15; Furgole, *des Testam.*, chap. IV, sect. I, n° 1 ; *voy.* aussi notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 12; et notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n° 112).

325. — La capacité est exigée non-seulement pour disposer soit par donation entre-vifs, soit par testament, mais encore pour recevoir soit par l'un, soit par l'autre mode de disposition (arg. de l'article 902).

Il faut excepter seulement la capacité de fait, qui n'est exigée que pour disposer, et non pas pour recevoir (art. 901 ; *infra*, n° 329).

La capacité de recevoir est appelée la capacité *passive*.

La capacité de disposer est appelée la capacité *active*.

326. — Les incapacités soit de disposer, soit de recevoir, sont principalement de deux sortes :

Les unes, absolues;

Les autres, relatives.

Les incapacités absolues sont celles qui s'opposent à ce qu'une personne puisse disposer au profit de qui que ce soit, ou recevoir de qui que ce soit;

Les incapacités relatives sont celles qui s'opposent à ce qu'une personne puisse disposer au profit de

certaines personnes, ou recevoir de certaines personnes.

327. — Les incapacités relatives résultant de la qualité respective des parties, s'appliquent tout à la fois à la faculté de disposer pour l'une d'elles, et à la faculté de recevoir pour l'autre. Dès que le mineur, par exemple, est incapable de disposer au profit de son tuteur, il est clair que le tuteur est incapable de recevoir du mineur (art. 907; *infra*, n°s 724-727).

328. — Ce n'est pas à dire, toutefois, que les incapacités, soit absolues, soit même relatives, soient toujours réciproques.

D'une part, en effet, il y a des personnes, qui sont incapables absolument de disposer, et qui sont, au contraire, capables de recevoir; telles, par exemple, que les mineurs au-dessous de seize ans (art. 903).

Comme aussi, d'autre part, il y a des personnes, qui ne sont pas capables de disposer au profit de certaines personnes, et qui sont, au contraire, capables de recevoir de ces mêmes personnes. C'est ainsi que le mineur, même âgé de plus de seize ans, ne peut pas disposer au profit de son tuteur, tandis qu'il peut recevoir de lui (art. 907); et pareillement, quoique l'enfant naturel ne puisse pas recevoir de ses père et mère au delà d'une certaine quotité, rien ne l'empêche de disposer à leur profit de la totalité de ses biens (art. 908).

329. — Il faut distinguer encore, à un autre point de vue, deux sortes d'incapacités :

L'incapacité, que nous appellerons *de fait;*

Et l'incapacité, que nous appellerons *de droit.*

La première est celle, qui résulte de l'état physique de la personne; elle est réglée par l'article 901; voilà pourquoi on l'appelle aussi l'incapacité physique ou naturelle;

La seconde est celle qui résulte des empêchements édictés par la loi; voilà pourquoi on l'appelle l'incapacité civile ou légale ; elle est réglée par les autres articles.

Mais ce qui les distingue particulièrement l'une de l'autre, c'est que l'incapacité de fait ne s'applique qu'à la faculté de disposer (art. 901 ; *infra* n°s 332 et suiv.);

Tandis que l'incapacité de droit s'applique indistinctement soit à la faculté de disposer, soit à la faculté de recevoir.

330. — Les diverses causes d'incapacité, que notre Code a établies, s'appliquent d'ailleurs diversement aussi à la faculté de disposer et à la faculté de recevoir.

On peut en distinguer trois sortes, à savoir :

1° Les incapacités absolues de disposer ;

2° Les incapacités relatives de disposer et de recevoir ;

3° Les incapacités absolues de recevoir.

C'est dans cet ordre que nous allons les examiner.

Nous exposerons, dans un quatrième paragraphe :

4° Quelle est la sanction de ces diverses incapacités.

§ I.

Des incapacités absolues de disposer.

SOMMAIRE.

331. — Observation générale.

331. — Généralement, l'incapacité absolue de disposer s'applique tout à la fois à la donation entre-vifs et au testament.

Il y a pourtant certaines personnes qui sont incapables de disposer par donation entre-vifs, quoiqu'elles

soient capables de disposer par testament, comme les mineurs âgés de plus de seize ans (art. 904), les individus pourvus d'un conseil judiciaire (*infra*, n°s 373 et 375), et les interdits, lorsqu'ils ont des intervalles lucides (*infra*, n° 371).

Et même on peut citer, en sens inverse, l'exemple d'une personne, qui peut disposer par donation entre-vifs, quoiqu'elle ne puisse pas disposer par testament; tel est le mineur au-dessous de seize ans, en tant qu'il peut consentir des donations dans son contrat de mariage, sous les conditions déterminées par la loi.

Nous allons maintenant exposer les incapacités absolues de disposer.

A. — *De l'incapacité de disposer résultant de l'insanité d'esprit du disposant.*

SOMMAIRE.

332. — La première cause d'incapacité absolue de disposer est celle qui résulte de l'insanité d'esprit; c'est l'incapacité de fait. — Observation générale.

333. — En quoi consiste cette incapacité? et quel est le sens de ces mots : *sain d'esprit?*

334. — Quatre hypothèses doivent être examinées successivement. — Exposition.

335. — I. Première hypothèse : Le disposant est une personne qui n'a été ni interdite, ni pourvue d'un conseil judiciaire, ni placée dans un établissement d'aliénés. — La question est alors toute de fait.

336. — Lorsqu'il est prouvé que le disposant n'était pas sain d'esprit, la disposition doit être déclarée nulle, lors même qu'elle serait, en soi, raisonnable et sage. — Explication.

337. — Suite. — Du cas où la disposition aurait été faite pendant un intervalle lucide.

338. — Quand est-ce qu'il y a intervalle lucide? — Observation générale.

339. — La sagesse plus ou moins grande de la disposition serait aussi un élément important de décision, dans le cas où il s'agirait d'un individu atteint d'une folie partielle seulement et circonscrite, si

l'on admettait que cet individu n'est pas absolument incapable de disposer. — Mais cet individu n'en est-il pas absolument incapable?

340. — Suite.

341. — Suite.

342. — Il n'est pas nécessaire, afin que la disposition soit annulable pour cause d'insanité d'esprit, que le disposant ait été dans un état de démence continue ni même habituelle; il suffit qu'il se soit trouvé dans cet état au moment où il a fait la disposition.

343. — Suite. — Du délire fébrile dans une maladie.

344. — De l'ivresse.

345. — De la douleur, de la jalousie.

346. — De la colère. — De l'action *ab irato* dans notre ancien droit français.

347. — Suite. — Cette action existe-t-elle encore dans notre droit nouveau?

348. — Il faut prendre garde d'étendre au delà de ses véritables limites l'application de l'article 901. — Explication.

349. — La circonstance que le disposant aurait tenté de se donner la mort ou même se serait donné la mort, devrait-elle être considérée comme une preuve d'insanité d'esprit?

350. — On ne saurait considérer comme constituant un état d'insanité d'esprit les maladies ou les infirmités purement physiques.

351. — Suite. — Des aveugles, des sourds, des muets.

352. — Des sourds-muets.

352 *bis*. — Suite.

353. — Un malade peut disposer à titre gratuit, jusque dans la période la plus avancée du mal, et aux approches même de la mort.

354. — De l'âge avancé du disposant. — De la vieillesse. — Observation.

355. — L'article 901 peut être invoqué, lors même que l'interdiction du disposant n'aurait été ni prononcée ni même provoquée avant son décès et sans qu'il soit nécessaire que la preuve de la démence résulte de l'acte même, qui est attaqué. En d'autres termes, l'article 504 n'est pas applicable aux dispositions à titre gratuit.

356. — Il en est de même de l'article 503; et une disposition à titre gratuit faite par une personne, qui a été ensuite interdite, peut être attaquée et déclarée nulle en vertu de l'article 901, pour cause de démence, quoique la démence n'existât point notoirement à l'époque où la disposition a été faite.

357. — Les parents de Primus ont formé contre lui une demande en interdiction, qui a été rejetée. Peuvent-ils ensuite, après sa mort, demander la nullité d'une donation entre-vifs ou d'un testament, qui aurait été fait par lui antérieurement à cette demande?

358. — Suite. — *Quid*, si les parents de Primus, au lieu de demander son interdiction, avaient demandé seulement qu'il lui fût nommé un conseil judiciaire?

359. — Les articles 503 et 504 seraient applicables, si les parties avaient fait, sous la dénomination inexacte ou simulée de donation, un véritable contrat à titre onéreux. — Observation.

359 *bis*. — L'article 901 est-il applicable aux donations faites par contrat de mariage?

360. — Qu'est-ce qui doit prouver que le disposant n'était pas sain d'esprit?

361. — Suite.

362. — Suite.

363. — Par quels moyens peut être faite la preuve que le disposant n'était pas sain d'esprit?

364. — Suite.

365. — *Quid*, si le notaire, qui a reçu la disposition, a attesté que le disposant lui a paru sain d'esprit?

366. — Suite.

367. — Suite.

368. — Le demandeur en nullité est tenu d'articuler avec précision les faits particuliers d'insanité d'esprit sur lesquels il se fonde.

369. — Les magistrats ont, en ces sortes d'affaires un pouvoir discrétionnaire d'appréciation.

369 *bis*. — Suite. — Pourrait-on chercher, dans une autopsie, la preuve de l'état mental du disposant?

370. — Pourrait-on réduire seulement la disposition, si elle paraissait excessive?

371. — II. Seconde hypothèse : Le disposant a été interdit pour cause d'état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur. — L'interdit peut-il disposer soit par donation entre-vifs, soit par testament, pendant ses intervalles lucides?

372. — Suite.

373. — III. Troisième hypothèse : Le disposant a été pourvu d'un conseil judiciaire. — L'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut faire un testament.

374. — C'est le demandeur en nullité qui doit prouver, s'il l'allègue, que l'individu, pourvu d'un conseil judiciaire, n'était pas sain d'esprit.

375. — L'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut pas faire de donations entre-vifs sans l'assistance de son conseil; mais il peut en faire avec cette assistance.

376. — Les donations entre-vifs, qu'il aurait consenties avec l'assistance de son conseil, pourraient-elles être attaquées et déclarées nulles pour cause d'insanité d'esprit?

377. — IV. Quatrième hypothèse : Le disposant se trouvait, lorsqu'il a fait la disposition, dans un établissement public ou privé d'aliénés. — L'article 901 est-il alors applicable?

378. — Faut-il mettre au nombre des causes, qui peuvent entraîner la nullité d'une donation entre-vifs ou d'un testament, les vices qui altèrent la volonté du disposant : la violence, le dol et l'erreur?

379. — I. De la violence. — Elle peut être une cause de nullité des donations entre-vifs et des testaments, par quelque personne qu'elle ait été exercée.

380. — Quels doivent être alors les caractères de la violence?

381. — Suite. — Exemple.

382. — II. Du dol. — Le dol est une cause de nullité de la donation entre-vifs ou du testament, lorsqu'il est constaté que la disposition n'aurait pas été faite sans les manœuvres frauduleuses qui ont été employées pour tromper la volonté du disposant.

383. — Il n'y a pas à distinguer si le dol a été pratiqué par le donataire ou le légataire ou par un tiers à l'insu de celui-ci.

384. — Suite. — La suggestion et la captation sont-elles des causes de nullité des dispositions à titre gratuit? — Exposition.

385. — Suite.

386. — Suite.

387. — Des legs captatoires.

388. — Le mot suggestion était encore employé autrefois dans un autre sens, qui se rattachait principalement aux formalités extrinsèques du testament. — Renvoi.

389. — III. De l'erreur. — Dans quels cas l'erreur peut-elle être une cause de nullité d'une donation entre-vifs ou d'un legs?

390. — Suite. — De l'erreur sur l'identité de la personne du donataire ou du légataire.

391. — De l'erreur sur la qualité de la personne.

392. — De l'erreur sur la chose donnée ou léguée.

393. — De l'erreur sur la cause finale de la donation ou du legs.

394. — De quelle manière peuvent être prouvés le dol, la violence ou l'erreur dans les dispositions à titre gratuit?

395. — Ce n'est qu'avec beaucoup de réserve que les magistrats doivent admettre les différentes causes de nullité, qui viennent d'être exposées.

396. — Le concubinage, par lui-même et par lui seul, ne saurait être présenté comme un moyen suffisant de preuve de suggestion et de captation.

397. — On ne saurait voir non plus une preuve de suggestion et de dol dans la circonstance que le disposant aurait fait sa disposition d'après l'avis d'un conseil et même sur un modèle.

398. — Les différentes causes de nullité, qui précèdent, sont-elles proposables contre un testament olographe?

399. — Il faut que les faits de violence, de dol ou autres vices qui seraient allégués contre la disposition, soient contemporains de cette disposition elle-même et se rapportent à l'époque de sa confection.

400. — Quel devra être le sort de la disposition, si le disposant l'a laissée subsister ensuite, postérieurement à la cessation et à la découverte des vices dont elle aurait été le résultat au moment de sa confection?

401. — Lorsqu'une donation entre-vifs ou un testament est attaqué pour cause de violence, de dol, de suggestion et de captation ou autres vices de ce genre, et que la preuve en est faite, est-ce la donation entre-vifs ou le testament, dans son entier, qui doit être déclaré nul? Ou, au contraire, ne doit-on annuler que celles des dispositions qui en sont le résultat?

402. — Les magistrats n'ont pas le pouvoir de réduire seulement la disposition; ils ne peuvent que la maintenir ou l'annuler.

403. — Les principes qui viennent d'être exposés sur les differents vices qui peuvent, en altérant la volonté du disposant, entraîner la nullité de la disposition, s'appliquent, en général, à la donation entre-vifs comme au testament. — Explication.

404. — L'article 901 doit être appliqué non-seulement lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité d'une *disposition*, mais encore lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité de la *révocation* d'une disposition antérieure. — Renvoi.

405. — Observation générale. — Conclusion.

332. — La première incapacité absolue de disposer est celle qui résulte de l'insanité d'esprit; c'est, avons-nous dit, *l'incapacité de fait* (*supra*, n° 329).

Aux termes de l'article 901 :

« Pour faire une donation entre-vifs ou un testa-
« ment, il faut être sain d'esprit. »

Cette disposition est notable! et on ne la retrouve pas une seconde fois dans tout notre Code. Le législateur déclare bien, dans le titre *des Contrats et Obligations conventionnelles*, que le *consentement* est l'une des conditions essentielles des conventions (art. 1108); mais nulle part il n'a fait, comme ici, de la sanité d'esprit l'objet d'une condition spéciale.

C'est que les actes à titre gratuit, par leur nature et par leurs effets, qui les différencient, sous tant de rapports, des actes à titre onéreux, devaient être gouvernés par des règles particulières (*supra*, n°s 2 et suiv.)

Et tel est, en effet, le caractère de notre article 901, lorsqu'il met, tout d'abord, en relief cette première condition que le disposant doit être sain d'esprit.

333. — Mais en quoi consiste cette condition? Et

quel est le sens de ces mots : *sain d'esprit*, ou, comme disaient nos anciennes coutumes, *sain d'entendement*, *de bon sens et entendement?* (art. 275 de la Cout. d'Orléans.)

Voilà ce que nous avons à préciser.

Deux conditions nous paraissent nécessaires pour constituer cette sanité d'esprit, que le législateur exige ; à savoir :

L'intelligence et la volonté ;

Comprendre et vouloir.

Comprendre le caractère et les effets de l'acte, dont il s'agit, donation entre-vifs ou testament ;

Vouloir faire cet acte, et pouvoir aussi, bien entendu, manifester cette volonté.

334. — Afin de nous rendre compte le plus exactement possible des applications diverses auxquelles notre article 901 peut donner lieu, nous distinguerons quatre hypothèses :

I. — Celle où le disposant était *integri status*, et n'était ni interdit, ni pourvu d'un conseil judiciaire, ni placé dans un établissement d'aliénés ;

II. — Celle où il était interdit;

III. — Celle où il était pourvu d'un conseil judiciaire;

IV. — Celle enfin où il était placé dans un établissement public ou privé d'aliénés.

335. — Première hypothèse : Supposons d'abord que le disposant est une personne, qui est demeurée *integri status*, dans le plein exercice de ses droits civils.

La question est alors évidemment toute en fait :

Cette personne avait-elle une intelligence et une volonté suffisantes pour disposer?

La négative sera certaine, si elle était dans un état constaté d'imbécillité, de démence ou de fureur (*voy.* art. 489);

Ou, en d'autres termes, si elle était dans un état d'aliénation mentale.

Peu importe, en effet, la qualification technique, que la science physiologique pourra donner à l'affection dont elle était atteinte, manie, mélancolie, démence ou idiotisme; nous ferons ici la même observation que nous avons déjà faite, en traitant de l'interdiction, à savoir : que c'est surtout au point de vue légal et judiciaire, que cette appréciation doit être faite par les jurisconsultes et par les magistrats (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, de l'Interdiction,* etc., t. II, n°s 421 et suiv.).

Il y a lieu toujours sans doute de tenir compte des enseignements de la science médicale; et nous ne récusons certes pas les témoignages, les *parères*, de ses interprètes, qui sont d'ordinaire produits dans ces sortes de causes; ils peuvent être et ils sont, en général, d'un grand secours pour la bonne administration de la justice; ce que nous disons, c'est que, en définitive, pour les magistrats et les jurisconsultes, il s'agit de rechercher, en fait, eu égard à l'état relatif des facultés mentales du disposant, et à toutes les circonstances particulières qui s'y rattachent, s'il avait perdu ou s'il avait conservé l'intelligence et la volonté nécessaires pour disposer.

Était-il, en un mot, comme auraient dit les Romains, *demens* (privé de sens), *mente captus*, *mentis non compos?* (L. 25, Cod. *De nuptiis;* L. 17, ff. *Qui testam. fac. poss.;* L. 20, § 4 *eod.*)

Ou, comme disaient nos anciens auteurs, était-il *insensé?* était-il *fou*, enfin, pour employer le mot usuel, qui comprend les phénomènes divers, et les variétés, hélas! si nombreuses, des dérangements intellectuels! (Furgole, chap. IV, sect. II, n° 208; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. III, sect. I, art. 3, § 1.)

Voilà, pour nous, les termes larges et vrais de la question (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, de l'Interdiction*, etc., t. II, n°s 421 et 422).

336. — Et lorsqu'il sera prouvé que le disposant n'était pas sain d'esprit, la disposition devra être déclarée nulle, dans le cas même où elle pourrait paraître, en soi, raisonnable et sage, eût-elle été faite, disait Furgole, *en faveur des enfants ou pour cause pie!* (chap. IV, sect. II, n°s 208 et 216).

C'est que, en effet, la sagesse de la disposition, lors même qu'elle serait l'œuvre personnelle du disposant, serait impuissante à détruire la preuve que nous supposons acquise de son état d'insanité d'esprit.

« Suffit-il donc, pour être sage, disait d'Aguesseau, d'avoir fait une action de sagesse ? »

Et puis, il serait, en ces occasions, fort à craindre que la disposition ne fût pas l'œuvre du disposant lui-même ; car ceux qui abuseraient de son état mental, éviteraient soigneusement de laisser insérer dans l'acte aucune expression qui pût trahir cet état ; ils feraient, au besoin (et ce fait a bien des exemples !) copier, au prétendu testateur, un modèle.

Aussi, notre article 901 est-il absolu.

Et même on peut remarquer que la sagesse de la disposition, loin d'exclure la preuve de l'insanité d'esprit, est, au contraire, précisément, ce qui la rend nécessaire ; puisque si la disposition était extravagante, la preuve de la démence résulterait alors de la disposition elle-même (comp. d'Aguesseau, plaidoyer du 10 janvier 1696, t. III, p. 353 ; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. I, § 1, art. 1 ; Coin-Delisle, art. 901, n° 7).

Ce qu'il faut ajouter, pourtant, c'est que, lorsqu'il y a doute sur le point de savoir si le disposant était ou n'était pas sain d'esprit, le caractère de la dispo-

sition est à prendre en sérieuse considération ; car on doit être plus porté à croire que le disposant était sain d'esprit, lorsque sa disposition est telle qu'un homme judicieux et équitable l'aurait faite et surtout aurait dû la faire! (Comp. Coin-Delisle, art. 901, n° 7 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 103, note *b*.)

C'est en ce sens que Ricard a écrit que « si l'acte, qui fait le sujet de la contestation, ne contient rien, qui ne soit dans l'ordre, c'est un grand motif pour en ordonner la confirmation. » (*Des Donations*, part. I, chap. III, sect. III, n° 153; *voy.* art. 504 ; et *infra*, n° 362.)

337. — Cette considération serait aussi particulièrement importante, dans le cas où l'état habituel d'insanité d'esprit du disposant étant constaté, le bénéficiaire de la disposition soutiendrait qu'elle a été faite pendant un intervalle lucide.

On voit que nous admettons l'existence des intervalles lucides, et que la capacité de disposer renaît pendant ces intervalles.

Déjà, nous avons ailleurs établi cette thèse; et nous ne pouvons que nous référer aux développements étendus, que nous y avons consacrés (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n°s 127, 128; et notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, de l'Interdiction*, t. II, n° 643).

Telle était la doctrine ancienne (comp. Furgole, *loc. supra cit.* ; d'Aguesseau, plaidoyer du 15 mars 1698 ; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. I, § 1, art. 1).

Telle est encore, et très-justement, la doctrine moderne, qui s'accorde, en ce point, avec les interprètes les plus autorisés de la science physiologique (comp. Cass., 26 mars 1822, l'hospice de Mâcon Sirey, 1821, I. 349; Caen, 20 nov. 1826, Manlion, Sirey, 1827, II, 197; Bordeaux, 14 avril 1836, Gala-

bert, Dev., 1836, II, 409; Cass., 26 février 1838, Sainte-Colombe, Dev., 1838, I, 533; Cass., 26 juill. 1842, Delalleau, Dev., 1842, I, 937; l'instructive et remarquable dissertation de M. Sacaze sur *la Folie dans ses rapports avec la capacité civile*, *Revue de législat.*, 1850, t. II, p. 207 et suiv.; t. III, p. 228 et suiv.; et 1851, t. I, p. 143 et suiv.; Grenier et Bayle-Mouillard, t. I, n° 103 et note *b;* Troplong, t. II, n°s 458-460; Coin-Delisle, art. 901, n° 9; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 423; Massé et Vergé, t. I, p. 24).

338. — Quand est-ce qu'il y aura eu un intervalle lucide, c'est-à-dire un retour complet, quoique momentané, à la raison?

Ce n'est là, bien entendu, qu'un point de fait, à décider, dans chaque espèce, eu égard aux circonstances particulières (comp. nos Traités précités).

Nous croyons pourtant devoir faire, à cet égard, une remarque.

Lorsqu'un individu a été fou, et que l'on prétend qu'il est guéri ou qu'il se trouve dans un intervalle lucide, il arrive de deux choses l'une :

Ou qu'il a perdu le souvenir du passé; qu'il ne se rappelle pas sa folie ni ce qui a été fait pendant qu'elle durait (ce qui se voit assez fréquemment);

Ou que, s'il se souvient du passé, il le juge sainement; il reconnaît qu'il a été malade, qu'on l'a soigné, qu'on l'a guéri.

Mais si cet individu, ayant conservé le souvenir du passé, prétend qu'il a été tourmenté, opprimé arbitrairement (ce qui est le caractère commun de presque toutes les aliénations mentales), oh! alors, il est plus douteux qu'il soit guéri, ni même qu'il se trouve dans un intervalle lucide; car, à ce moment même, il est dans le faux; il extravague!

Aussi, tenons-nous que la preuve la meilleure de la guérison définitive, ou du simple intervalle lucide, est le souvenir, par le malade lui-même, de sa maladie mentale et la saine appréciation qu'il en peut faire.

339. — La sagesse plus ou moins grande de la disposition serait aussi un élément de décision important, dans le cas où il s'agirait d'un individu atteint d'une folie partielle seulement et circonscrite, si l'on admettait qu'un tel individu n'est pas incapable de disposer.

Mais c'est là d'abord la question à résoudre :

Le monomaniaque, c'est-à-dire celui qui n'est fou que sur un point, doit-il être considéré, à l'égal de celui qui est fou sur tous les points, comme absolument incapable de disposer ?

L'affirmative a été depuis longtemps soutenue ; et un arrêt du parlement de Toulouse, de l'année 1729, déclara nul, en effet, le testament d'un homme qui se croyait fille et avait la manie de se faire passer pour telle, bien que, sur tous les points, cet homme parût avoir du bon sens (Serres, *Instit. du Droit franç.*, liv. I, tit. XII, § 1).

Cette thèse de l'indivisibilité de la raison humaine compte aussi, dans notre droit moderne, des partisans très-convaincus ; c'est ainsi que M. Troplong l'enseigne, en ajoutant que la doctrine contraire *n'est pas soutenable.* « La raison est une, dit l'éminent auteur ; elle n'est pas susceptible de division. » (T. II, n°s 451-457; ajout. Sacaze, *supra cit. Revue de législat.*, 1850, t. II, p. 212).

Nous ne voudrions pas pourtant nous associer à une conclusion aussi radicale ; et nous revendiquons, au contraire, dans cette hypothèse elle-même, le pouvoir d'appréciation discrétionnaire, qui doit appartenir aux magistrats pour décider, en fait, au point de vue légal

et judiciaire, de la capacité de disposer. Il arrivera sans doute, le plus souvent, que la monomanie aura exercé ses ravages dans l'intelligence tout entière; c'est ce que nous ne demandons pas mieux que de reconnaître; mais nous ne concédons pas qu'il soit impossible qu'une folie partielle n'affecte essentiellement que l'un des côtés de l'intelligence, sans anéantir l'intelligence elle-même et la volonté. Et si, par exemple, un homme avait contracté, dans l'étude opiniâtre d'un problème des sciences mathématiques, physiques ou morales, une surexcitation maladive, qui aurait fait de lui un monomaniaque, est-ce donc que cet homme devrait être déclaré absolument incapable de disposer, lors même que dans toutes les relations de la vie civile et de la famille, il aurait conservé l'intégrité de son jugement!

Nul ne voudrait, dit-on, confier sa fille comme épouse à un tel homme; ni lui prêter une somme d'argent; ni le faire son mandataire ou son dépositaire. — Cela est bien possible; mais qui voudrait davantage confier sa fille ou prêter de l'argent, ou charger d'un mandat, celui qui est fou complétement et qui a seulement des intervalles lucides? encore bien moins sans doute! et pourtant on convient que ce fou lui-même peut valablement disposer pendant un intervalle lucide (*supra*, n° 337).

C'est que, en effet, la folie *partielle*, que l'on distingue partout de la folie *totale* (distinction, qui serait vaine dans le système contraire), c'est, disons-nous, que cette folie partielle pourrait n'être elle-même qu'une folie avec des intervalles lucides, plus longs seulement et plus considérables, que ceux que certaines intermittences peuvent apporter à la folie totale. L'exemple même de Pascal, que M. Tro-

plong a cité, est-il donc bien fait pour appuyer sa thèse? et puisque des hallucinations pareilles à celles qui obsédaient ce génie incomparable, ne sauraient altérer la capacité civile, pourquoi donc poser, comme un point de droit absolu, que la monomanie, quelle qu'elle soit, doit fatalement toujours détruire la capacité de disposer? Ne serait-il pas plus juridique et plus sage de dire que cette question devra être résolue en fait, d'après les circonstances, eu égard à l'objet, au caractère, à l'étendue enfin et à l'intensité plus ou moins grande de la monomanie du disposant?

En conséquence, de même que nous avons pensé qu'il ne fallait pas décider, en principe, que le monomaniaque devait toujours être interdit (*voy.* notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, de l'Interdiction*, etc., t. II, nos 422, 423), de même nous pensons qu'il ne faut pas décider non plus, en principe, qu'il doit toujours être considéré, *a priori*, comme absolument incapable de disposer (comp. Bordeaux, 14 avril 1836, Galabert, Dev., 1836, II, 409; Douai, 5 mai 1850, Macrel, Dev., 1851, II, 735; Bordeaux, 27 mai 1852, Fonfrède, D., 1854, V, 246; Angers, 13 mars 1861, Choyer; Cass., 9 avril 1862, même partie, Dev., 1862, I, 569; et *J. du P.*, 1863, p. 38; Toullier, t, II, n° 1312; Coin-Delisle, art. 901, n° 9, *note*; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 103, note *b*; D., *Rec.*, *alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et testam.*, nos 194 et 204; *voy.* également Hoffbaüer, *Médecine légale relative aux aliénés*, traduct. de Chambeyron, p. 104).

Telle est aussi l'opinion de M. le docteur de Castelnau, dans le remarquable *Essai physiologique*, qu'il vient de publier sur l'*Interdiction des aliénés* (p. 91 et suiv.), et qui n'a pas manqué de tirer parti de l'espèce de désaccord, que l'on peut remarquer, dans la dissertation

de M. Troplong, entre sa doctrine elle-même et certains arguments qu'il a employés pour la défendre (comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 25).

340. — Ce qu'il faut particulièrement considérer en ces sortes de causes, c'est si la monomanie dont le disposant était atteint, a exercé son influence sur la disposition elle-même, qu'il a faite, si elle l'a tourmenté et troublé dans l'exercice même de sa faculté de disposer.

S'il en est ainsi, si la disposition en porte, pour ainsi dire, l'empreinte, et surtout si elle a été déterminée par elle, il sera certain qu'elle n'est que l'œuvre de la partie malade de son intelligence. L'arrêt précité de la Cour de Bordeaux (*supra*, n° 339), en fournit un exemple notable; et la Cour a justement insisté sur cette circonstance.

Mais on devra être, au contraire, porté à penser que la disposition émane de la partie saine de l'intelligence, si elle est tout à fait étrangère à l'objet de sa monomanie; comme s'il a récompensé les services d'un vieux domestique, ou assuré des moyens convenables d'existence à son conjoint survivant, pour lequel il n'avait point assez fait par son contrat de mariage.

341. — Ne se pourrait-il pas, dès lors, que, dans le même acte, dans le même testament, par exemple, il y eût des dispositions de deux sortes : les unes, qui seraient considérées comme l'œuvre d'un esprit qui n'était pas sain; les autres, au contraire, qui seraient considérées comme émanant d'un esprit sain ?

Cette conclusion ne paraîtra-t-elle pas trop hardie? et pourtant elle serait, à notre avis, logique aussi et satisfaisante! Il ne faut pas oublier que cette condition de sanité d'esprit que notre article 901 exige pour le disposant, est une condition toute spéciale, toute relative ; on admet bien que, parmi les dispositions émanées

d'une même personne, les unes peuvent être viciées pour cause de dol, ou de violence; tandis que les autres seraient exemptes de ces vices (*infra*, n° 401). Pourquoi n'admettrait-on pas que la maladie mentale, dès qu'elle ne travaillait que partiellement l'intelligence, a pu vicier seulement aussi les unes et point les autres? (comp. Dijon, 5 févr. 1863, Dufour, Dev., 1863, 2, 55; Merlin, *Répert.*, v° *Ab irato*, sect. VII, *in fine*).

342. — Il n'est pas nécessaire d'ailleurs, afin que la disposition soit annulable pour cause d'insanité d'esprit, que le disposant ait été dans un état de démence permanente et continue, ni même ordinaire et habituelle.

Il suffit qu'il se soit trouvé dans cet état, ne fût-ce qu'accidentellement, lorsqu'il a fait la disposition et au moment même où il l'a faite (*infra*, n° 399; comp. Douai, 5 mai 1850, Macrel, Dev., 1851, II, 735; et *Observations*, Dev., 1862, I, 569).

Le projet de la commission du gouvernement exprimait même formellement cette règle en ces termes :

« Pour donner, soit entre-vifs, soit par testament, « il faut être : 1°..., 2° sain d'esprit *au moment de la* « *donation*... » (Liv. III, tit, IX, chap. I, art. 4; Fenet, t. II, p. 274.)

La formule a été abrégée; mais la règle est restée la même; et notre article 901 l'exprime aussi, plus brièvement il est vrai, mais non moins énergiquement, lorsqu'il déclare qu'il faut être sain POUR *faire une donation entre-vifs ou un testament.*

Et il faut évidemment, en effet, que l'intégrité d'esprit existe au moment de la confection de l'acte, qui doit en être l'œuvre (*voy.* L. 2, ff. *Qui testam. facere poss.*)

343. — Le dérangement des facultés intellectuelles, qui serait le résultat momentané d'une maladie, le

délire fébrile, par exemple, pourrait donc produire cette insanité d'esprit, qui fait obstacle à l'exercice de la faculté de disposer.

Le jurisconsulte Paul l'a très-bien enseigné :

« *In adversâ valetudine mente captus, eo tempore tes-* « *tamentum facere non potest.* » (L. 18, ff. *Qui testam. facere poss.* ; Coin-Delisle, art. 901, n° 3 ; Demante, t. IV, n° 17 *bis*, V ; *voy.* toutefois *infra*, n° 350.)

344. — Il faut en dire autant de l'ivresse, qui n'est autre chose qu'une démence passagère.

Cela serait vrai surtout, si c'était le bénéficiaire de la disposition qui eût provoqué l'ivresse du disposant, puisque au vice d'insanité d'esprit, se joindrait alors le vice de dol et des manœuvres frauduleuses (comp. Caen, 9 janv. 1824, Ruel, Sirey, 1824, II, 265 ; Furgole, chap. IV, sect. II, n° 210 ; Duranton, t. VIII, n° 153 ; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 159, note 3 ; Coin-Delisle, art. 901, n° 3 ; Troplong, t. II, n° 506 ; Demante, *loc. supra cit.* ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 421 ; Grenier et Bayle-Mouillard, t. I, n° 102 et note *a*).

345. — Tel pourrait être aussi l'effet d'une passion violente, qui aurait momentanément troublé les facultés mentales du disposant ; comme il arrive quelquefois par la commotion d'une douleur profonde, ou dans l'égarement d'un accès de jalousie (comp. Liége, 12 févr. 1812, Paques, *J. du P.*, 1813, t. I, p. 121 ; Coin-Delisle, art. 901, n° 4).

346. — Le poëte a dit :

Ira furor brevis est....

Dirons-nous également qu'il faut déclarer nulles les dispositions, qui auraient été faites par un disposant *en colère... ab irato ?*

Il est nécessaire, avant tout, de s'entendre et de bien poser les termes de la question.

Nous rappellerons d'abord que l'action nommée *ab irato*, dans notre ancien droit, était fondée sur une cause spéciale de nullité des dispositions à titre gratuit; sur une cause, disons-nous, spéciale et qu'il ne fallait pas absolument confondre avec la cause de nullité résultant de l'insanité d'esprit du disposant; elle reposait bien aussi, sans doute, sur cette idée que le disposant, qui avait obéi aux impulsions de la colère, devait être supposé n'avoir pas été *sanæ mentis;* mais c'était là, en effet, une supposition, une fiction; et la vérité est que l'action *ab irato* n'était autre chose qu'une sorte de *plainte d'inofficiosité*, que notre ancienne jurisprudence avait introduite, à l'exemple du droit romain, en l'étendant même beaucoup plus loin! sous le prétexte plus ou moins sérieux que le disposant n'avait pas été sain d'esprit : *hoc colore quasi non sanæ mentis fuissent* (*Inst.*, lib. II, tit. XVII, *princ. de inoff. testam.*); et ce qui le démontre encore, c'est que l'on avait assimilé, en ce point, la haine à la colère; de telle sorte que l'action *ab irato*, plus large dans ses effets que son nom n'aurait pu le faire croire, s'appliquait aux dispositions, qui n'étaient que le fruit, soit de la colère violente et impétueuse, soit de la haine froide et réfléchie contre les héritiers du disposant.

Et cette action spéciale avait été, en conséquence, organisée aussi spécialement; elle avait ses conditions particulières; et c'est ainsi que, s'il s'agissait de la colère, on voulait qu'elle eût été impétueuse et violente, et s'il s'agissait de la haine, qu'elle eût été : 1° bien marquée; 2° injuste; 3° clairement liée avec la disposition dont on prétendait qu'elle était la cause (comp. Pothier, *Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 26; Serres, *Inst. au dr. franç.*, II, 18, § 3; Henrys, liv. VI, q. 45; D'Aguesseau, Plaidoyer du 25 mars 1694; Denizart, v° *Ab irato;* Merlin; *Répert.*, v° *Ab irato*).

347. — Cela posé, notre question est celle-ci :

Cette action *ab irato*, telle qu'elle existait dans notre ancien droit, existe-t-elle encore dans notre droit nouveau?

M. Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs*, paraîtrait bien l'avoir supposé ainsi :

« Les circonstances peuvent être telles, a-t-il dit, que la volonté de celui qui a disposé, n'ait pas été libre ou *qu'il ait été entièrement dominé par une passion injuste*. C'est la sagesse des tribunaux qui pourra seule apprécier ces faits et tenir la balance entre la foi due aux actes et l'intérêt des familles. Ils empêcheront qu'elles ne soient dépouillées par les gens avides, qui subjuguent les mourants, ou *par l'effet d'une haine*, que la raison et la nature condamnent. »

Et c'est sur la foi de ce document qu'une doctrine s'est formée d'après laquelle l'action *ab irato* existerait encore aujourd'hui comme une manière spéciale de faire annuler les dispositions à titre gratuit (comp. Paris, 28 frimaire an XIV, B... C. D..., Sirey, 1806, II, 160; Paris, 3 floréal an XII, *J. du P.*, t. II, de l'an XII, p. 253; Limoges, 31 août 1810, Delmas, Sirey, 1811, II, 461; Merlin, *Répert.*, v° *Ab irato*, sect. VII; Delvincourt, t. II, p. 60, note 8; Vazeille, art. 901, n° 16; *voy.* aussi Troplong, t. II, n° 479).

Mais cette doctrine n'a pas été admise; et elle nous paraît effectivement inadmissible.

Aux termes de l'article 902, toutes personnes peuvent disposer, excepté celles que la loi en déclare incapables (*supra*, n° 322); or, l'article 901 ne déclare incapables que ceux qui ne sont pas sains d'esprit; et il est impossible de considérer comme une insanité d'esprit, la colère ou la haine; ce sont là des mouvements plus ou moins déréglés de l'âme ; ce sont des passions, ce n'est pas de la démence! Aussi, avait-il

fallu, autrefois, pour les admettre, en faire une cause spéciale de nullité; mais comme cette cause n'a pas été reproduite par nos textes, on ne saurait évidemment l'appliquer aujourd'hui, malgré l'opinion individuelle de M. Bigot-Préameneu.

Ce ne serait donc qu'autant que la colère aurait été portée à un tel paroxysme, qu'elle aurait momentanément altéré l'intelligence du disposant, qu'on y pourrait trouver une cause de nullité de la disposition. Notre article 901 pourrait alors, en effet, devenir applicable; mais il est clair que la cause de la nullité ne serait pas alors précisément la colère elle-même (*ab irato*), mais bien l'insanité d'esprit; et il n'est pas besoin d'ajouter combien une telle hypothèse serait extraordinaire et exceptionnelle.

Quant à la haine, si passionnée, si injuste, si aveugle qu'on puisse la supposer, il serait bien plus extraordinaire encore qu'elle produisît une insanité d'esprit; ce ne serait, tout au plus, qu'autant qu'elle aurait été inspirée au disposant par le bénéficiaire même de la libéralité, au moyen de manœuvres perfides et de calomnieuses insinuations contre les héritiers, qu'elle serait de nature à devenir une cause de nullité; mais alors aussi, il est clair que cette cause proviendrait, non pas précisément de la haine elle-même, mais du dol et de la fraude du gratifié (comp. *infra*, n° 386; Aix, 18 janv. 1808, Viale, Sirey, 1810, II, 521; Lyon, 25 juin 1816, Jean-Jacques D..., Sirey, 1817, II, 133; Angers, 27 août 1824, Jean Fournier, Sirey, 1824, II, 321; Toullier, t. III, n° 717; Grenier, t. I, n° 146; Coin-Delisle, art. 901, n° 15; Marcadé, art. 901; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 717, *note;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 124; Massé et Vergé, t. III, p. 28; Saintespès-Lescot, t. I, n° 148; Demante, t. IV, n° 17 *bis*, V).

348. — Il faut prendre garde, en effet, de ne pas dépasser les limites véritables de l'application de notre article 901.

Hélas ! on serait vite emporté bien au delà, si l'on prétendait considérer comme n'étant pas sains d'esprit tous ceux qui se laissent conduire par les passions et non par la raison ; tous ceux dont le caractère est simple souvent jusqu'à la naïveté ou bien original et fantasque ; tous ceux dont l'humeur est sombre, inquiète, soupçonneuse ; tous ceux-là surtout dont l'esprit léger et frivole n'offre pas les garanties d'un jugement droit ! (*Voy.* notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, de l'Interdiction*, etc., t. II, n° 424.)

Les dispositions elles-mêmes n'attestent que trop souvent toutes ces variétés des vices de notre organisation et des imperfections misérables de notre nature ! combien n'en voit-on pas qui sont peu explicables ou plutôt inexplicables ! combien sont l'œuvre de la partialité aveugle, et de l'injustice ! et quelle part n'y ont pas aussi la vanité, la bizarrerie, le caprice ! On peut en trouver un exemple notable dans un arrêt de la Cour de Rennes du 12 mars 1845, d'autant plus notable, en effet, que l'auteur de ces dispositions étranges avait été interdit, pour cause de démence, cinq ans après la date de son testament ! (Dubois de la Mothe, Dev., 1846, I, 171 ; *voy.* Cass., 18 oct. 1809, Leguerney, Dalloz, 1809, II, 441.)

Mais il en faut prendre son parti, comme le législateur lui-même a eu la sagesse de le faire ! on ne pourrait atteindre ces abus, qu'au moyen d'une sorte de révision, à laquelle il faudrait soumettre, devant la justice, les dispositions à titre gratuit ; or, il est facile d'apercevoir les dangers bien autrement graves encore de cet autre régime, et que, pour prévenir les abus de la faculté de disposer, il constituerait une atteinte pro-

fonde à cette faculté même, c'est-à-dire à la liberté civile et au droit essentiel de la propriété (comp. notre *Traité de la Distinction des biens, de la Propriété*, etc., t. I, n° 645).

Dès là donc que le disposant était sain d'esprit, il a été libre de disposer comme il l'a voulu ! plus ou moins sagement, plus ou moins injustement ! Nul n'a le droit de scruter ses motifs ni de juger sa disposition pour la réformer.

349. — Voilà aussi pourquoi la circonstance que le disposant aurait tenté de se donner la mort, ou même se serait donné la mort, ne saurait être considérée comme une preuve de son insanité d'esprit, lors même qu'il aurait accompli cette tentative de suicide ou ce suicide peu de temps ou même immédiatement après avoir fait sa disposition.

Si coupable que soit, au point de vue de la religion et de la morale, cet attentat de l'homme contre sa propre vie, ce serait une exagération tout à fait fausse que d'y voir, sous le rapport légal et judiciaire, un témoignage de démence.

Seulement il y aura lieu d'en examiner les circonstances, les causes impulsives notamment, si c'est, par exemple, pour se soustraire à des douleurs physiques, ou pour échapper à quelque châtiment, *impatiens doloris aut futuræ pœnæ metu*, que le disposant s'est porté à cette extrémité du désespoir (L. 2, Cod. *Qui testam facere poss.*)

On interrogera aussi son état mental antérieur ; c'est ainsi que le suicide du disposant pourrait devenir un grave indice de plus de la démence antérieure qui serait alléguée ; et il se pourrait que, en reflétant sur le passé sa lueur funèbre, cette dernière preuve éclairât d'un jour nouveau et fortifiât de plus en plus les autres preuves qui seraient produites (comp. L. 2, Cod.

Qui testam. facere poss.; Caen, 3 févr. 1826, héritiers de B...; et Orléans, 26 févr. 1829, Labbé, Sirey, 1829, II, 265 et 338; Cass., 11 nov. 1829, Boron, Dev., 1830, I, 36; Vazeille, art. 901, n° 2; Coin-Delisle, art. 901, n° 4; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 159, note 3; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 103, note *b;* Saintespès-Lescot, t. I, n° 153; Troplong, t. II, n° 507; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 422; Massé et Vergé, t. III, p. 28).

350. — A plus forte raison, ne doit-on pas considérer comme constituant un état d'insanité d'esprit, les maladies ou les infirmités physiques, qui n'ont pas altéré les fonctions de l'intelligence.

Le jurisconsulte Labéon a dit :

« In eo, qui testatur, ejus temporis quo testamen-
« tum facit, *integritas mentis, non corporis sanitas*
« *exigenda est.* » (L. 2 ff. *Qui testam. facere poss.*)

Nos anciens auteurs distinguent aussi *les défauts de l'esprit*, qui empêchent l'exercice de la faculté de disposer, et les *défauts du corps*, qui n'y font pas, au contraire, obstacle (*voy.* le *Répert.* de Merlin, v° *Testament*, sect. I, § 1, art. 2).

C'est également en ce sens que Ricard a écrit qu'il fallait distinguer *la capacité intérieure*, celle de l'esprit, d'avec *la capacité extérieure*, celle du corps (*des Donations*, Ire part., chap. I, sect. I et II).

Et il est clair que notre article 901, en exigeant seulement *la santé de l'esprit*, n'exige pas non plus *la santé du corps*, qui n'est, en effet, ici nullement nécessaire.

351. — Nul doute, par conséquent, que les aveugles, les sourds, les muets, ne puissent disposer à titre gratuit (*voy.* notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, etc.*, t. I, n° 11; comp. Agen, 2 août 1834, Bergout, D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et testam.*, n° 234).

352. — Il faut en dire autant des sourds-muets même de naissance, lorsqu'il est constaté qu'ils comprennent l'acte qu'ils veulent faire, et qu'ils sont en état de manifester leur volonté (*voy.* art. 939, 979; comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, nos 24, 25).

352 *bis.* — Il se pourra, il est vrai, que certaines infirmités corporelles ne permettent pas à celui qui en est atteint, d'accomplir les solennités requises par la loi pour telle ou telle forme de disposition; c'est ainsi, par exemple, qu'un aveugle ne pourrait pas faire un testament mystique (art. 978), ou que celui qu'une maladie empêcherait d'écrire, serait dans l'impossibilité de faire un testament olographe (art. 970; comp. Ricard, *loc. supra*, n° 129).

Mais ce sont là des empêchements matériels qui ne constituent aucune *incapacité* proprement dite, ni de droit, ni de fait (comp. Colmar, 17 janv. 1815, Schafter, Sirey, 1815, II, 265; Bordeaux, 16 août 1836, Pinel, Dev., 1837, II, 468; Cass., 30 janv. 1844, Clergue, Dev., 1844, I, 102; Pau, 23 déc. 1851, Ballard, D., 1854, V, 247; Montpellier, 1er déc. 1852, Gauzit, D., 1855, II, 82; Merlin, *Répert.*, v° *Sourds-muets*, n° 4; Coin-Delisle, art. 936, n° 7; Pont, *Revue de législat.*, t. XIX, p. 615 et suiv.).

353. — Si grave que soit une maladie et quelle que soit la cruauté des douleurs qu'elle peut causer au malade, elle ne le rend pas incapable de disposer, dès qu'elle ne lui enlève pas la sanité d'esprit.

Et il peut disposer jusque dans la période la plus avancée du mal, et aux approches même de la mort, *balbutiens lingua!* tant qu'il demeure sain d'esprit (L. 15, Cod. *De testam.*).

Il n'y a pas en effet, en général, sauf certains cas exceptionnels (art. 909), à examiner si la personne

qui a disposé dans un état de maladie, a survécu pendant un temps plus ou moins long à la disposition qu'elle a faite, soit qu'il s'agisse d'un testament, soit qu'il s'agisse d'une donation entre-vifs (comp. Bourges, 26 fév. 1855, Guillot-Chemerand, Dev., 1855, II, 498; *voy.* aussi Mantica, liv. II, tit. VI, nos 1, 2).

354. — Cette observation s'applique également à l'âge avancé du disposant.

Que la vieillesse, en effet, ne forme pas un obstacle à la faculté de disposer, cela est incontestable.

La loi romaine exprimait ainsi cette règle :

« *Senium quidem ætatis vel ægritudinem corporis*, « *sanitatem corporis tenentibus testamenti factionem* « *certum est non auferri* (L. 3, Cod. *Qui testam. fac.* « *possunt*). »

Et, dans notre ancien Droit, Pothier disait qu'un vieillard, *fût-il centenaire!* n'en est pas moins capable de disposer (*des Donations entre-vifs*, sect. I, art. 1er; *voy.* aussi Mantica, liv. II, tit. V, n° 3; Ricard, *des Donations*, n° 155).

Cela est encore vrai sans doute, tant que le vieillard demeure sain d'esprit.

Le testament surtout n'est-il pas fait souvent *in extremis?*

Habitude très-commune en effet, et pourtant très-imprévoyante.

Pourquoi donc attendre le dernier terme pour mettre ordre, comme on dit, à ses affaires et pour accomplir ses dispositions dernières! est-ce que l'âge n'affaiblit pas notre intelligence? n'arrive-t-il pas souvent, hélas! qu'il produit cette imbécillité sénile qui peut devenir elle-même une incapacité de disposer! (comp. Ricard, *loc. supra*).

Est-ce que la mort d'ailleurs ne peut pas tout à coup nous surprendre!

« Il faut être toujours botté et prêt à partir, dit « Montaigne, et surtout se garder qu'on n'ait pour lors « affaire qu'à soi; car nous y avons assez de besogne « sans autre surcroît.... »

355. — De tout ce que nous venons de dire, on peut d'ailleurs conclure que l'article 901 peut être invoqué, lors même que l'interdiction du disposant n'aurait été ni prononcée ni même provoquée avant son décès; et sans qu'il soit nécessaire que la preuve de la démence résulte de l'acte même qui est attaqué.

En d'autres termes, l'article 504 n'est pas applicable aux dispositions à titre gratuit.

C'est là une thèse que nous croyons avoir démontrée (dans notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, de l'Interdiction, etc.*, t. II, n°s 673 et 674).

Et nous ne pouvons que nous référer aux développements que nous avons déjà fournis; d'autant plus que cette thèse paraît être désormais hors de toute controverse sérieuse dans la jurisprudence et dans la doctrine (ajout. Agen, 7 mai 1851, Dèche, Dev., 1851, II, 273; Troplong, t. II, n° 467; Bayle-Mouillard sur Grenier, t I, n° 102, note *b*; Demante, t. IV, n° 17 *bis*, II; Saintespès-Lescot, t. I, n° 154).

356. — C'est par les mêmes motifs que l'article 503 n'est pas plus applicable que l'article 504, aux donations ni aux testaments.

« Les articles 503 et 504 ont entre eux une telle connexité, disait fort justement Merlin, que si celui-ci n'est pas applicable aux dispositions gratuites, il en doit nécessairement être de même de celui-là. » (*Répert.*, v° *Testament*, sect. I, § 1, art. 1, n° 1.)

Il faut en conclure que la donation entre-vifs ou le testament faits par une personne, qui a été ensuite interdite, peuvent être déclarés nuls, en vertu de l'article 901, pour cause de démence, quoique la dé-

mence n'existât point notoirement, à l'époque où ces actes ont été faits (comp. Grenier, t. I, n° 166; Duranton, t. VIII, n° 155; Demante, t. IV, n° 17 *bis*, IV).

357. — Les parents de Primus ont formé contre lui une demande en interdiction; et leur demande a été rejetée.

Peuvent-ils ensuite, après sa mort, demander la nullité d'une donation entre-vifs ou d'un testament, qui aurait été fait par lui antérieurement à cette demande?

Merlin a soutenu vivement la négative, par le motif que l'autorité de la chose jugée s'y opposait. (*Répert.*, v° *Testament,* sect. I, § 1, art. 1, n° 3.)

Mais la doctrine contraire a prévalu; et elle nous paraît, en effet, la plus juridique.

Autre chose est une demande en interdiction de la personne; autre chose une demande en nullité d'une donation ou d'un testament fait par cette personne; l'objet n'en est pas le même, ni la cause non plus (art. 1351); la première est régie par l'article 489, d'après lequel un individu ne peut être interdit que lorsqu'il est dans un état habituel d'imbécillité, de démence, ou de fureur; la seconde est régie par l'article 901, d'après lequel il suffit, pour qu'une disposition à titre gratuit soit déclarée nulle, que le disposant n'ait pas été sain d'esprit au moment où il a fait cette disposition (comp. Aix, 14 fév. 1808, Beauquaire, Sirey, 1808, II, 315; Cass., 17 mars, 1813, Julien, Sirey, 1813, I, 393; Coin-Delisle, art. 901, n° 8; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 10, note *b*).

358. — Il faudrait maintenir également cette solution, dans le cas où les parents de Primus, au lieu de demander son interdiction, auraient demandé seulement qu'il lui fût donné un conseil judiciaire (art. 499, 513; *infra*, n° 373).

Il n'en résulterait, contre eux, aucune fin de non-recevoir contre la demande en nullité qu'ils formeraient, après sa mort, aux termes de l'article 901, d'une donation entre-vifs qu'il aurait faite avant la nomination du conseil judiciaire, ou d'un testament, qu'il aurait fait même depuis la nomination du conseil.

Vainement, leur opposerait-on qu'ils n'ont eux-mêmes demandé que la dation d'un conseil judiciaire; mesure, qui implique que celui, contre lequel elle est demandée, n'est pas dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, et qui ne le rend pas, en effet, absolument incapable de disposer.

Cette objection ne serait pas fondée:

1° En droit, parce que, ainsi que nous venons de le dire, ces deux demandes sont différentes, quant à leur cause et quant à leur objet;

2° En raison, parce que la capacité de disposer à titre gratuit est une capacité spéciale, régie, en effet, spécialement par l'article 901; et que de cela seul que les parents de Primus auraient pensé qu'il suffisait de lui nommer un conseil judiciaire pour le gouvernement de sa fortune, il ne s'ensuit pas qu'ils aient reconnu qu'il avait une sanité d'esprit suffisante pour disposer à titre gratuit, ni qu'ils soient non recevables à prouver que la disposition qu'ils attaquent, a été faite par lui dans un moment d'insanité d'esprit (comp. Cass., 19 déc. 1814, Taillefer, D., 1815, I, 93; Merlin, *Répert. loc. supra cit.*; Duranton, t. VIII, n° 156; Coin-Delisle, art. 901, n° 8; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 102, note *b*).

359. — Les solutions particulières, que nous venons de présenter (*supra*, n°s 356, 357), ne sont, en réalité, que des conséquences du principe général d'après lequel les articles 503 et 504 ne sont pas applicables aux dispositions à titre gratuit.

Nous disons: *aux dispositions à titre gratuit;* car il est clair que les articles 503 et 504 seraient, au contraire, applicables suivant le droit commun, si les parties avaient fait, sous la dénomination inexacte ou simulée de donation, un véritable contrat à titre onéreux (comp. Bourges, 16 avril 1832, Roumier, D., 1832, II, 51; Coin-Delisle, art. 901, n° 8; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 102, note *b*).

Mais, évidemment, une telle hypothèse sera très-rare; il n'est guère à supposer, en effet, que les parties, qui feraient sérieusement un contrat à titre onéreux, lui donnent la forme et le nom d'une donation, puisqu'elles l'exposeraient ainsi à des chances de nullité plus grandes que celles auxquelles il serait soumis d'après sa véritable nature.

Ce qui peut, tout au contraire, arriver bien plus souvent, c'est qu'une donation soit déguisée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, précisément afin de la soustraire aux chances de nullité, auxquelles la donation est soumise et dont les contrats à titre onéreux sont exempts; mais ce serait là une fraude, que les parties intéressées pourraient prouver par tous les moyens (arg. de l'article 911).

539 *bis.* — L'article 901 est d'ailleurs applicable aux donations faites par contrat de mariage comme aux autres donations.

La Cour de cassation l'a décidé ainsi, en ce qui concerne *les dons de biens à venir faits même avec réciprocité, qui n'étant point destinés à soutenir les charges du mariage, puisqu'ils n'ont d'effet qu'après sa dissolution, ne participent point de la nature des contrats à titre onéreux et qui, procédant d'une pensée de libéralité plutôt que d'un motif intéressé, retiennent le titre et le caractère essentiel de donation....* (23 déc. 1856, Métayer, Dev., 1857, I, 244).

Cet arrêt suppose, comme on voit, qu'il en serait autrement des donations de biens présents par contrat de mariage.

Mais cette restriction elle-même, ainsi formulée, nous paraîtrait contestable ; et nous nous réservons de l'examiner, lorsque le moment sera venu d'apprécier le caractère des donations par contrat de mariage, et notamment des constitutions de dot (comp. Grenier, t. I, n° 145; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b*).

360. — Une double question nous reste à résoudre sur cette première hypothèse (*supra*, n° 335), à savoir :

D'une part, qui est-ce qui doit prouver que le disposant n'était pas sain d'esprit?

Et d'autre part, quels moyens de preuve sont, dans ce cas, admissibles?

361. — Nous demandons d'abord sur qui doit tomber le fardeau de la preuve?

Cette question est délicate; et il n'est pas aussi facile que l'on pourrait croire à première vue, de faire ici rigoureusement entre les parties cette distribution des rôles, qui est pourtant, en ces sortes d'affaires surtout, d'une grande importance.

Régulièrement, c'est, à notre avis, le demandeur en nullité de la disposition, qui doit prouver que le disposant n'était pas sain d'esprit : 1° précisément, parce qu'il est demandeur, et que c'est lui qui affirme; 2° parce que, de plus, il affirme un fait qui est contraire à cette présomption, fondée sur la nature et sur la loi elle-même, que l'homme est, en général, sain d'esprit et que la démence est un accident, une exception (comp. Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. I, art. 1).

Mais que doit-il prouver? et sur quoi, et notamment, sur quelle époque, sur quel moment, doit porter la preuve?

Suffit-il que le demandeur prouve qu'à une époque

quelconque, antérieurement à la disposition attaquée, le disposant n'a pas été sain d'esprit?

Plusieurs docteurs l'avaient autrefois ainsi pensé: *semel furiosus, semper præsumitur furiosus!*

Mais c'était là certainement plus qu'une fausse doctrine; c'était une sorte de cruauté; et la doctrine de Mantica est bien plus juste et plus humaine, lorsqu'il dit:

Qui fuit furiosus aliquo temporis momento, non ideo præsumitur in posterum fuisse furiosus (lib. II, tit. v, n° 7; *voy.* aussi Douai, 21 juill. 1841, Delalleau, Dev., 1842, I, 937).

Nous croyons donc que, régulièrement aussi, le demandeur doit prouver que le disposant n'était pas sain d'esprit au moment où il a fait la disposition; et cela, lors même qu'il serait constant qu'il n'a pas été sain d'esprit à une époque antérieure.

Toutefois, si le demandeur prouvait que soit avant, et surtout peu de temps avant la disposition, soit après et surtout peu de temps après, le disposant n'était pas sain d'esprit, notre avis est que l'espace intermédiaire s'y trouverait compris; car enfin, on ne doit pas non plus exiger l'impossible! et la vérité est qu'il serait souvent impossible au demandeur de prouver l'insanité d'esprit du disposant, au moment même, au moment précis et rigoureux, où il a fait la disposition (comp. Cass., 26 mai 1822, l'hospice de Mâcon, Sirey, 1822, I, 349; Caen, 20 nov. 1826, Manlion, Sirey, 1827, II, 197; Cass., 26 fév. 1838, Sainte-Colombe, Dev., 1838, I, 533; Cass., 26 juill. 1842, Delalleau, Dev., 1842, I, 937; Coin-Delisle, art. 901, n° 9).

362. — Et, dans ce cas, c'est au défendeur, qui soutient la validité de la disposition, qu'il incombe de prouver qu'elle a été faite par le disposant dans un intervalle lucide.

Cette preuve sera plus ou moins difficile, suivant

les circonstances, et surtout suivant que la disposition elle-même sera raisonnable, ou déraisonnable, ou indifférente.

Est-elle raisonnable?

Il sera naturel de penser qu'elle a été faite dans un intervalle lucide. Plusieurs même ont enseigné autrefois que la sagesse de la disposition devait faire, à elle seule, présumer une rémission momentanée du mal, et qu'elle devait, en conséquence, être maintenue, lors même que le bénéficiaire ne prouverait pas que le disposant a eu des intervalles lucides (comp. Mantica, lib. II, tit. v, n°s 6, 7); mais il y avait là, suivant nous, une exagération (*supra*, n° 336); ce qui nous paraît vrai seulement, c'est que, lorsque l'existence de l'intervalle lucide est prouvée, et que la disposition est sage, ces deux éléments réunis peuvent faire maintenir la disposition, s'il n'y a rien d'ailleurs, dans les autres faits, qui affaiblisse la présomption de sanité d'esprit, qui en résulte (comp. Troplong, t. II, n° 463; Bayle-Mouillard et Grenier, t. I, n° 103, note *a*).

La disposition est-elle déraisonnable?

Il sera, en sens inverse, naturel de penser qu'elle n'a pas été faite pendant un intervalle lucide; et même la preuve du contraire pourrait être impossible, si la disposition portait en effet le caractère de la démence. Tout au plus, si la disposition était seulement bizarre, pourrait-on entreprendre de prouver qu'elle peut s'expliquer à l'aide de motifs particuliers qui l'auraient inspirée au disposant. Les magistrats apprécieront (comp., Cass., 26 mars 1822, l'hospice de Mâcon, Sirey, 1822, I, 349; Danty sur Boiceau, chap. xvi, n°s 34, 35; Toullier, n° 58).

Enfin, la disposition est-elle indifférente, c'est-à-dire telle qu'un homme sensé aurait pu également soit la faire, soit ne pas la faire?

S'il n'en résulte pas, contre le gratifié, la présomption qu'elle ait été faite, par le disposant, dans un état d'insanité d'esprit, il n'en résulte pas non plus, pour lui, la présomption qu'elle ait été faite pendant un intervalle lucide; ou du moins la présomption qui peut en résulter, est nécessairement plus faible que celle que produirait une disposition empreinte d'un caractère de sagesse et d'équité. Il faut donc qu'il supplée à cette insuffisance et qu'il ajoute d'autres moyens, afin d'établir qu'elle a été faite pendant un intervalle lucide.

C'est surtout relativement à ces sortes de dispositions, qu'il importera de vérifier si elles se rapportent soit au commencement, soit à la fin de l'intervalle lucide, ou en d'autres termes si elles ont été faites dans un moment qui avoisinait plus ou moins la disparition ou le retour du mal.

Mantica n'a pas manqué de signaler cet élément important de décision :

« *Aut tempus conditi testamenti erat vicinum tempori furoris, aut valde remotum....* » Lib. II, tit. v, n° 9).

Le caractère du mal lui-même sera aussi, en cas pareil, plus particulièrement à considérer, suivant qu'il était plus ou moins permanent, ou qu'il ne se révélait, au contraire, que par des accès plus ou moins rares et passagers (comp. Douai, 5 mai 1850, Macrel, Dev., 1851, II, 735; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. I, § 1, art. 1, n° 8; Coin-Delisle, art. 901, n° 9; Marcadé, art. 901; Saintespès-Lescot, t. I, n°s 146 et suiv.; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 24, 25).

363. — Maintenant par quels moyens pourra être faite la preuve que le disposant n'était pas sain d'esprit? (*supra*, n° 360).

Il n'y aura pas de difficulté, si cette preuve résulte

soit de l'acte même, qui renferme la disposition, soit de tout autre acte écrit.

364. — Mais cette condition n'est pas nécessaire; et il ne faut pas hésiter à dire que la preuve par témoins et par présomptions est admissible, lors même qu'il n'existe pas de commencement de preuve par écrit.

Il est vrai que le projet de la commission du gouvernement (liv. III, tit. IX, art. 4), n'admettait la preuve testimoniale que sous la double condition qu'il existerait un commencement de preuve par écrit et que le disposant n'aurait survécu que six mois à la disposition (Fenet, t. II, p. 275); et même la section de législation du conseil d'État avait été encore plus loin, en proposant de décider que la preuve de la démence devrait résulter de l'acte même de disposition, conformément à l'article 17 (504) du titre de l'interdiction (Locré, t. XI, p. 131, 132, 133; Cass., 30 germinal an XI, Lagardette, Sirey, t. II, 484).

Mais, finalement, ces idées n'ont pas été admises; et nous avons constaté, au contraire, que l'article 504 n'est pas applicable aux donations entre-vifs ni aux testaments (*supra*, n° 355).

Que reste-t-il donc? le principe de droit commun, d'après lequel la preuve par témoins et par présomptions est recevable, toutes les fois que la partie a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve par écrit des faits, dont la preuve est à sa charge; or, telle est bien notre hypothèse; aussi l'article 901, dans la généralité absolue de ses termes, laisse-t-il, en droit, libre carrière à tous les genres de preuves, sauf à la sagesse des tribunaux à ne les admettre, en fait, qu'avec la réserve convenable (Cass., 1er déc. 1851, Maroval, Dev., 1852, I, 25; Bourges, 26 févr. 1855; Guillot-Chemerand, Dev., 1855, II, 498; Furgole, chap. IV, sect. II, n° 209; Danty sur Boiceau, XVI, nos 17-27;

Grenier et Bayle-Mouillard, t. I, n° 103; Troplong, t. II, n° 471; Duranton. t. VIII, n° 157; Demante, t, VI, n° 17 *bis*, II; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 25; Aubry et Rau, t. V, p. 425).

365. — Il en serait ainsi, lors même que le notaire, qui a reçu la disposition, aurait attesté, suivant la formule ancienne et universelle, *ut unusquisque scribere solitus est*, a dit Mantica (*infra*), que le disposant lui a paru *sain de ses sens, mémoire et entendement*.

La preuve contraire par témoins n'en est pas moins alors recevable *de plano* et sans qu'il soit nécessaire de recourir à la voie de l'inscription de faux.

Ce n'est pas seulement, comme on l'a écrit, parce que le notaire a pu se tromper sur l'état mental du disposant, dans le court espace de temps pendant lequel l'acte a duré, et qu'il ne se prononce dès lors que sur des apparences (Mantica, lib. II, tit. v, n° 17; Pothier, *des Donat. testament.*, chap. III, sect. I, § 1; Grenier, t. I, n° 103).

La raison véritable, c'est que les notaires, comme les autres officiers publics, n'impriment l'authenticité qu'à ce qu'ils énoncent dans la limite de leurs attributions, c'est-à-dire aux énonciations seulement qui sont relatives à la substance même de l'acte, qu'ils reçoivent, et à l'accomplissement des solennités, qui y sont requises (art. 1317, 1319 Cod. Napol., et 145, 146 Cod. pén.; *voy.* notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 319);

Or, les notaires n'ont pas reçu de la loi l'attribution, le pouvoir de constater la sanité d'esprit du disposant; et l'énonciation qu'ils en peuvent faire, ne se rapporte point dès lors à la substance de l'acte, ni évidemment non plus aux solennités de cet acte;

Donc, elle ne saurait faire foi jusqu'à inscription de faux; donc, les droits respectifs des parties demeurent

les mêmes, relativement à ce point de fait, nonobstant la déclaration consignée par le notaire dans son acte (comp. Cass., 22 nov. 1810, Jacob, Sirey, 1811, I, 77; Rouen, 3 mai 1816, d'Halz, Sirey, 1815, II, 239; Cass., 18 juin 1816, Bailly, Sirey, 1817, I, 158; Cass., 27 févr. 1821, Piquot, Sirey, 1822, I, 336; Caen, 9 janv. 1824, Ruel, Sirey, 1824, II, 265; Bourges, 26 fév. 1855, Guillot-Chemerand, Dev., 1855, II, 498; Furgole, chap. IV, sect. II, n° 209, et chap. V, *Introduction*, n° 17; Danty sur Boiceau, chap. XVI, n°s 17-27; le rapport du tribun Jaubert, *Locré*, t. XI, p. 439; Duranton, t. VIII, n° 157; Coin-Delisle, art. 901, n° 19; Troplong, t. II, n° 472; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 425; Massé et Vergé, t. III, p. 27, 28).

366. — Mais cet argument démontre, en même temps, que la solution devrait être différente, et qu'il faudrait recourir à la voie de l'inscription de faux, dans le cas où la preuve que l'on demanderait à faire pour établir l'insanité d'esprit du disposant, serait telle, qu'elle s'attaquerait à l'une des énonciations substantielles que le notaire avait mission, en sa qualité d'officier public, de consigner dans son acte.

Voilà, par exemple, les héritiers qui viennent articuler que le testateur avait la langue tellement épaissie, qu'il ne pouvait plus proférer une parole; et ils demandent à le prouver, *de plano*, par témoins.

Mais est-ce que le notaire, lui! n'a pas attesté, au contraire, que le testateur lui a dicté ses dispositions! est-ce que cette attestation n'est pas une des parties les plus substantielles de l'acte testamentaire?

Oui certes! (art. 972, 1001.)

Donc, vous démentez alors le témoignage de l'officier public dans l'exercice même de sa fonction; ce que vous ne pouvez évidemment faire, qu'au moyen de l'inscription de faux.

Il en serait encore de même, par exemple, si le notaire, ayant déclaré que le testament a été reçu par lui, soit dans son étude, soit dans une maison tierce, où le testateur est venu, on demandait à prouver que, pendant tout ce jour-là même, le testateur est demeuré dans son lit, hors d'état de se lever! (comp. loi du 25 ventôse an XI, art. 19; art. 1317, 1319; Cass., 19 déc. 1810, Jacob, Sirey, 1811, I, 75; Cass., 17 juillet 1817, Cavelan, Sirey, 1818, I, 49; Grenoble, 3 août 1829, Vallet-Vernotel, D., 1830, II, 250; Cass., 1er déc. 1851, Maroval, Dev., 1852, I, 25; Lapeyrère, v° *Testament*, t. II, p. 782; Boutaric, *Instit.*, liv. II, tit. XII, § 1; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 3, art. 2, n° 5; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra;* Massé et Vergé, *loc. supra;* Marcadé, art. 901, et *Revue crit. de jurisprud.*, 1852, p. 336; *voy.* toutefois aussi Paris, 4 fév. 1854, Veillat, D., 1855, II, 135).

367. — Pothier, à propos de cette clause, qui est de style dans les actes notariés, a écrit qu'*elle est très-inutile;* « car, dit-il, si elle n'exclut pas la preuve de la démence, lorsqu'elle se trouve dans le testament, elle ne préjudicie pas non plus à la validité du testament, lorsqu'elle est omise. » (*Des Donat. testam.*, chap. III, sect. I, § 1.)

Remarquons pourtant que le notaire lui-même est obligé aussi, à un certain point de vue, d'apprécier l'état mental du disposant; il est clair, en effet, qu'il devrait se refuser à recevoir un acte de disposition, qui émanerait d'une personne, dont l'esprit ne serait pas sain : *quia est ei opprobrium*, disait Mantica, *si conficeret instrumentum quod contineret dispositionem dementis, quandoquidem ipsi tabelliones jurant diligenter officium exercere* (lib. II, tit. V, n° 17).

Or, à cet égard, trois situations peuvent se présenter :

Ou le notaire reconnaît que celui qui veut disposer,

ou que l'on veut faire disposer, n'est pas sain d'esprit; et, dans ce cas, il doit refuser son ministère; cela est grave sans doute; aussi ne doit-il en venir là que lorsqu'il y a pour lui certitude et évidence.

Ou bien il hésite et il doute sur le véritable état des facultés intellectuelles du disposant; et dans ce cas, il doit recevoir l'acte; mais nous croyons aussi qu'il devrait s'abstenir de déclarer que le disposant lui a paru sain d'esprit; le mieux serait alors de garder le silence sur ce point.

Ou enfin, le disposant lui paraît certainement sain d'esprit; et nous comprenons que le notaire, qui, au point de vue de l'exercice de son ministère, doit, avons-nous dit, s'en assurer, nous comprenons qu'il déclare qu'il l'a effectivement trouvé tel (comp. Grenier t. I, n° 103; Coin-Delisle, art. 901, n° 19).

Nous ne voudrions donc pas dire absolument, comme Pothier, que cette clause est très-inutile.

D'anciens docteurs, cités par Mantica (*loc. supra*), ont même pensé qu'il en résultait, au profit des gratifiés, un grand avantage, *quod dictum notarii multum facit*, ou tout au moins une sorte d'adminicule, *quod adminiculatur*.

Peut-être oui, en fait; mais certainement non, en droit; car cette déclaration du notaire ne saurait changer la position des parties, ni la distribution des rôles de demandeur et de défendeur, telle que la loi elle-même l'a fait entre elles (*supra*, n° 361).

368. — Le demandeur en nullité est tenu d'articuler avec précision les faits particuliers d'insanité d'esprit, sur lesquels il se fonde.

Il ne lui suffirait pas d'alléguer vaguement l'état de démence du disposant, en indiquant seulement l'époque de l'invasion du mal.

Une allégation pareille, si elle était admise en

preuve, ne pourrait aboutir qu'à des témoignages aussi vagues et aussi incertains qu'elle-même; et surtout, elle ne fournirait pas au défendeur le moyen, qu'il doit nécessairement avoir, de prendre l'agresseur corps à corps et de combattre un par un, chacun des faits, dont il s'arme contre lui (comp. art. 493, Cod. Nap.; art. 252, Cod. de Proc.).

Notre ancienne jurisprudence pourtant s'était écartée de ce principe; et elle admettait qu'il suffisait que le demandeur articulât la démence et l'époque de son invasion, sans préciser les faits particuliers (comp. d'Aguesseau, 37e plaidoyer, t. III, p. 387; Furgole, chap. VI, sect. II, n° 209).

Mais nous croyons que c'était là, en effet, un écart véritable; aussi, déjà, dans notre ancien droit, du moins depuis l'Ordonnance de 1667 (tit. XXII, art. 1), avait-on exigé que les faits particuliers de suggestion et de captation fussent articulés, lorsque c'était sur cette cause que la demande en nullité était fondée (*voy.* Furgole, chap. V, sect. III, n° 49).

C'est donc là un point très-constant; et la pratique n'y fait non plus aucun doute (comp. Aix, 14 fév. 1808, Beauquaire, Sirey, 1808, II, 315; Besançon, 19 déc. 1810, Vuillemont, Sirey, 1811, II, 351; Rouen, 3 mai 1816, Ozanne, Sirey, 1816, II, 239; Aix, 15 fév. 1832, Roumier, D., 1833, II, 51; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. I, § 1, art. 1, n° 9; Grenier, t. I, n° 102, et Bayle-Mouillard, note *a;* Coin-Delisle, art. 901, n° 21; Troplong, t. II, n° 471).

369. — Les magistrats ont, du reste, en ces sortes d'affaires, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation; et ils peuvent, eu égard à la gravité ou à la frivolité plus ou moins grande et plus ou moins démontrée déjà des faits articulés, et suivant que ces faits leur paraissent ou non pertinents et admissibles :

Soit rejeter, de suite, et *de plano*, la demande en nullité ;

Soit, au contraire, prononcer de suite, et *de plano*, la nullité de la disposition ;

Soit enfin admettre la preuve, sauf ensuite à en apprécier le résultat à l'effet de maintenir ou d'annuler la disposition.

Ce sont là des appréciations d'espèces particulières.

Aussi, les décisions judiciaires qui les consacrent, ne sauraient-elles être déférées à la Cour de cassation, bien entendu en tant qu'elles demeurent dans les limites de ces appréciations (comp. Cass., 8 juill. 1823, Marie, Sirey, 1825, I, 31 ; Cass., 26 fév. 1838, de Sainte-Colombe, Dev., 1838, I, 533 ; Cass., 6 mars 1838, Choquier, Dev., 1838, I, 835 ; Cass., 26 juill. 1842, Delalleau, Dev., 1842, I, 937 ; Aix, 8 mai 1844, Perracher, D., *Rec. alph.*, h. v., n° 208 ; Douai, 5 mai 1850, Macrel, Dev., 1851, I, 735 ; Cass., 8 mai 1853, Cassaigne, D., 1854, V, 247 ; Grenier, t. I, n° 101 ; Marcadé, art. 901 ; D., *Rec. alph.*, h. v., n° 203 ; Saintespès-Lescot, t. I. n°s 146 et suiv. ; Troplong, t. II, n°s 445 et suiv. ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 25).

369 *bis*. — Ce qui paraît, toutefois, bien certain, c'est qu'on ne saurait chercher dans une *autopsie* la preuve de l'état mental du disposant !

Dans une cause où cette question fut soulevée, voici comment s'expliquaient les interprètes les plus autorisés de la science médicale :

« L'état mental d'un homme se juge par ses paroles « et par ses actes ; il relève de l'observation du mé- « decin et de l'enquête des magistrats ; et dans l'état « actuel de la science, il est interdit d'asseoir cette « grave décision sur les conjectures d'une autopsie. »

(Trousseau, Grisolle, Fabret, Follin, Lasègne; comp. Tribun. civ. de Belfort, 30 janv. 1862, Ménetrez, *Gazette des Tribunaux* du 13 févr. 1862.)

370. — Les juges d'ailleurs ne pourraient pas réduire seulement la disposition, parce qu'elle leur paraîtrait excessive.

La disposition doit être l'œuvre du disposant lui-même et lui seul; et il faut, en conséquence, la déclarer nulle ou valable tout entière, telle qu'il l'a faite.

Que les juges la maintiennent ou l'annulent, suivant les cas, c'est leur droit et leur devoir; mais il ne leur appartient pas de la reviser et de la refaire.

Il est vrai que notre ancienne jurisprudence nous offre quelques exemples de dispositions testamentaires réduites par les magistrats (comp. le 29e plaidoyer de d'Aguesseau, t. III, affaire de Villayer, et l'arrêt du 23 mars 1694, *eod. loc.*).

Mais c'était là, comme Merlin a pu le dire, un abus de pouvoir, que les cours actuelles ne commettraient plus qu'en exposant leurs arrêts à la cassation (comp. Cass., 22 janv. 1810, Ponthaye, Sirey, 1810, I, 107; Merlin, *Répert.*, v° *Réduction de legs*, n° 3; Grenier, t. I, n° 143; Toullier, t. III, n° 715; Coin-Delisle, art. 901, n° 17; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 467; *voy.* toutefois Cass., 13 août 1844, Sentex, Dev., 1844, I, 710).

371. — II. Nous arrivons à la seconde hypothèse, que nous avons annoncée (*supra*, n° 334), c'est-à-dire à celle où le disposant a été interdit pour cause d'état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur (art. 489).

C'est une thèse très-grave que celle qui consiste à savoir si l'interdiction forme une présomption irréfragable d'insanité d'esprit, et si l'interdit est incapable absolument de disposer, même pendant ses intervalles lucides;

Ou si, au contraire, l'article 901 n'est pas aussi applicable dans ce cas, et si, dès lors, l'interdit lui-même n'est pas capable de disposer, lorsque, en fait, il est sain d'esprit au moment de la disposition.

Trois systèmes sont en présence :

A — Le premier enseigne que l'interdit est absolument incapable de disposer, pendant ses intervalles lucides, non-seulement par donation entre-vifs, mais même par testament (comp. Troplong, t. II, nos 461, 462; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 103, note *a;* Taulier, t. IV, p. 21 ; Saintespès-Lescot, t. I, n° 149 ; Demante, t. IV, n° 17 *bis*, III).

B — D'après le second système, au contraire, l'interdit est capable, pendant ses intervalles lucides, de disposer non-seulement par testament, mais même par donation entre-vifs (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Interdiction*, § 6, n° 6, et v° *Testament*, sect. I, § 1, art. 1, n° 6; Dalloz, *Rec. alphab.*, v° *Disposition entre-vifs,* chap. I, sect. I, art. 1 ; Valette, *Explic. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 363, 364).

C — Enfin, le troisième système, faisant une distinction, décide que l'interdit, pendant ses intervalles lucides, est incapable de disposer par donation entre-vifs, mais qu'il est capable de disposer par testament.

Telle est la doctrine que nous avons déjà entrepris de défendre ; et nous ne pouvons que nous référer aux développements étendus que nous y avons consacrés (dans notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, de l'Interdiction*, etc., t. II, nos 633-648).

On y peut trouver aussi la citation des autorités diverses, qui s'y rattachent dans la jurisprudence et dans la doctrine (comp. Coin-Delisle, art. 901, n° 10 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 25, 26; et l'*Essai physiologique sur l'Interdiction des aliénés*, par M. de Castelnau).

Nous ajouterons seulement un document, qui ne nous paraît pas dépourvu d'intérêt; c'est la disposition de l'article 701 du Code civil du royaume de Sardaigne, qui est ainsi conçue :

« Sont incapables de disposer par testament :

. . . . . .

« Les interdits, sauf ce qui est réglé par l'article 704, à l'égard des prodigues, *et à moins qu'il ne soit prouvé, quant aux autres interdits, qu'ils étaient sains d'esprit à l'époque du testament, et que cette présomption ne soit confirmée par les présomptions tirées de l'acte et de la nature même des dispositions....* » (*Coll. des lois civ. et crim. des États modernes*, avec une Introd. par M. le comte Portalis).

Notre Code, sans doute, n'est pas aussi explicite; mais nous croyons que telle est la solution qu'il a virtuellement appliquée à cet important et difficile problème.

372. — Il est d'ailleurs bien entendu que c'est à celui qui prétend que la disposition faite par un interdit est valable, à prouver qu'elle a été faite dans un intervalle lucide; car, pour l'interdit, l'état habituel, c'est l'insanité d'esprit; et par conséquent, celui qui affirme l'existence d'une intermission, affirme un état exceptionnel, dont la preuve doit être à sa charge (*supra*, n° 361; et notre Traité précité, n° 646).

373. — III. Troisième hypothèse (*supra*, n° 334). Que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire soit capable de disposer par testament, et sans aucune espèce d'assistance! cela est certain (art. 499, 502, 513, 901, 902).

Et il n'y a pas lieu de distinguer entre celui qui a été pourvu d'un conseil pour cause de prodigalité (art. 513) et celui qui en a été pourvu à raison de la faiblesse de son intelligence (art. 499).

C'est une proposition que nous avons établie déjà (dans notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, de l'Interdiction*, etc., t. II, nos 734, 735; comp. Dijon, 14 mai 1847, Formeret, D., 1848, II, 58; Cass., 14 févr. 1849, mêmes parties, D., 1851, V, 176; Coin-Delisle, art. 901, nos 11 et suiv.; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 59, note 3; Saintespès-Lescot, t. I, n° 150; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 147, note *a;* Troplong, t. II, n° 465).

374. — Nous pensons même que, régulièrement, c'est à celui qui demande la nullité d'un testament fait par un individu pourvu d'un conseil judiciaire, en soutenant qu'il n'était pas sain d'esprit, que c'est à lui, disons-nous, que doit être imposé le fardeau de la preuve; car il est demandeur, et il affirme! et ce qu'il affirme, c'est l'existence d'un état d'exception; car ni en fait, ni en droit, on n'est autorisé à poser comme une règle générale, que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire n'est pas habituellement sain d'esprit (comp. *supra*, nos 361 et 372).

375. — Quant aux donations entre-vifs, nous avons aussi démontré précédemment que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire n'est pas capable d'en consentir sans l'assistance de son conseil, mais qu'il en est capable avec cette assistance (*voy.* notre Traité précité, nos 736-740; ajout. Saintespès-Lescot, t. I, n° 150; et *supra*, nos 331).

376. — Les donations entre-vifs, qu'il aurait consenties avec l'assistance de son conseil, pourraient-elles être déclarées nulles en vertu de l'article 901, pour cause d'insanité d'esprit?

L'affirmative nous paraît certaine.

En droit, on ne pourrait citer aucun texte, pour écarter en cas pareil, de plein droit, l'application de l'article 901.

Et s'il est vrai que, en fait, l'assistance du conseil à la donation entre-vifs faite par l'individu, qu'il a mission d'assister, offre, en général, une garantie rassurante, cette garantie elle-même n'est pourtant pas infaillible; car il se pourrait que l'assistance eût été prêtée sans un examen suffisant et avec légèreté. On verra donc! et on appréciera les qualités respectives du donateur et du donataire, l'importance relative de la donation, les causes qui ont pu la déterminer, les circonstances qui auront accompagné l'assistance prêtée par le conseil, etc. (comp. Duranton, t. VIII, n° 170; Taulier, t. IV, p. 22, 23; Coin-Delisle, art, 901, n° 13).

377. — IV. — Reste la quatrième et dernière hypothèse, celle où le disposant se trouvait, lorsqu'il a fait la disposition, placé dans un établissement public ou privé d'aliénés, en vertu de la loi du 30 juin 1838.

Mais cette hypothèse a été déjà aussi, de notre part, l'objet d'une étude spéciale, par suite de laquelle nous avons déduit de l'article 39 de la loi précitée cette double conclusion :

1° L'article 901 est applicable soit aux donations entre-vifs, soit aux testaments, qui ont été faits par une personne pendant le temps qu'elle était retenue dans un établissement d'aliénés; et en conséquence, ces donations ou ces testaments peuvent être maintenus ou annulés, suivant que les magistrats reconnaissent que le disposant était ou n'était pas sain d'esprit.

2° En principe, c'est le demandeur en nullité qui doit prouver que le disposant n'était pas sain d'esprit au moment où il a fait la disposition; nous avons toutefois ajouté que le défendeur a le plus grand intérêt, de son côté, à combattre les moyens présentés contre lui et à établir, au contraire, la sanité d'esprit; de telle sorte que l'on pourrait presque dire que la présomption n'est alors bien nettement ni d'un côté ni de l'autre,

et que les magistrats ont ici, tout particulièrement, un pouvoir discrétionnaire pour apprécier, en fait, la validité ou la nullité de l'acte qui est attaqué (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, de l'Interdiction*, etc., t. II, nos 849 853).

378. — Faut-il mettre au nombre des causes, qui peuvent entraîner la nullité d'une donation entre-vifs ou d'un testament, les vices, qui altèrent la volonté du disposant : la violence, le dol et l'erreur ?

L'affirmative est évidente !

Toute disposition à titre gratuit doit être essentiellement l'œuvre de la volonté du disposant ; et les vices qui détruisent cette volonté, détruisent la disposition elle-même dans son principe.

Ce que l'on peut demander seulement, c'est à savoir si cette cause de nullité dérive aussi de l'article 901 ?

Plusieurs jurisconsultes l'ont ainsi pensé, et que cet article, en exigeant que le disposant soit *sain d'esprit*, comprend, dans la signification spéciale de ces termes, tous les vices, par suite desquels la disposition se trouve n'être pas l'expression de la volonté et de *l'esprit* libre et éclairé du disposant (comp. Troplong, t. II, n° 445 ; Demante, t. IV, n° 17 *bis*, V).

La vérité est que le projet de la commission du gouvernement, dans l'article 4 du titre IX, correspondant à notre article 901, s'occupait aussi, à cette place, des vices qui peuvent altérer la volonté (Fenet, t. II, p. 274, 275) ; et il n'est pas impossible que les rédacteurs du Code, qui n'ont consacré que cet article à la *capacité de fait*, aient entendu qu'il comprendrait tous les vices qui, n'affectant pas la *capacité de droit* dans la personne du disposant, ne produisent finalement qu'une *incapacité de fait*.

Il faut convenir, toutefois, que c'est étendre beau-

coup peut-être la formule de l'article 901, que d'en venir à considérer comme n'ayant pas été *sain d'esprit* le disposant, dont la volonté a été seulement violentée ou trompée. Un esprit, qui n'est pas *sain*, ce n'est, après tout, qu'un esprit qui est *malade ;* or, peut-on bien dire que la violence, le dol ou l'erreur soient des maladies de l'esprit, des altérations de l'intelligence? Surtout, est-il exact de voir une cause d'incapacité quelconque dans l'exercice même, quoique vicieux et irrégulier, de la capacité d'ailleurs complète du disposant? (Comp. Coin-Delisle, art. 901, n° 16.)

Au reste, ceci est purement théorique, et n'est d'aucune conséquence dans l'application.

Car si l'article 901 ne pouvait pas servir de base à ces causes de nullité, nous n'éprouverions nul embarras à les établir autrement.

Nous dirions :

En ce qui concerne la donation entre-vifs, qu'elle est une convention, qui exige, comme toutes les conventions, le consentement des parties, et que dès lors les articles 1109 et suivants lui sont applicables ;

Et en ce qui concerne le testament, qu'il n'est qu'une manifestation de volonté, *testatio mentis*, *voluntatis nostræ justa sententia*, et que tous les vices, qui s'attaquent à la volonté du testateur, s'attaquent, comme disait Furgole, au principe fondamental du testament lui-même (comp. Inst., *De testam. ordin. princ.;* L. 1, ff. *Qui testam. facere poss.;* art. 968, Cod. Nap.; Furgole, chap. v, *Introduct.*, et sect. ii, n° 10; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. iii, sect. i, art. 3, § 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 457 et 465; Massé et Vergé, t. III, p. 45).

379. — I. *De la violence.* — Il n'est donc pas douteux que la violence peut être une cause de nullité de la donation entre-vifs et du testament.

La violence, par quelque personne qu'elle ait été exercée, soit par le donataire ou le légataire, au profit duquel la disposition a été faite, soit par tout autre, *vel a quolibet alio.* (L. 1, Cod. *Si quis aliquem testari prohib ;* art. 1111 ; Furgole, chap. I, sect. I, n° 3.)

380. — La violence, quelle qu'elle soit, physique ou morale, dès qu'elle a eu pour résultat de contraindre la volonté du disposant.

Il est clair, d'ailleurs, que pour en apprécier les caractères, il faut avoir égard au sexe, à l'âge, à la condition du disposant, à son état de santé ou de maladie, et à toutes les autres circonstances du fait.

Ce qu'il importe de remarquer, toutefois (et cette observation est commune, en général, aux autres vices de la volonté, dont nous nous occupons), c'est qu'il n'est pas nécessaire que la violence, en matière d'actes à titre gratuit, ait toujours ce caractère de gravité considérable, que l'on y exige dans les actes à titre onéreux (comp. L. 1 et 6, ff. *Quod vi aut metus causâ;* art. 1112).

Il suffit qu'elle ait été assez grave pour enlever au disposant la liberté de sa détermination, et pour le contraindre à faire une disposition contre sa volonté: *non sponte suâ;* de telle sorte qu'il soit constaté que la disposition n'est que le résultat de cette contrainte (L. 1, Cod. *Si quis aliquem test. prohib.*; Furgole, *loc. supra;* Toullier, t. II, n° 704; Troplong, t. II, n° 480 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 467; Massé et Vergé, t. III, p. 55).

La seule crainte révérentielle envers le père, la mère ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne saurait être d'ailleurs dans ce cas, plus que dans tout autre, une cause de nullité (arg. de l'article 1114.)

381. — Ce sont là, bien entendu, des questions de fait et d'appréciation.

Il y a pourtant une espèce de violence que nous voulons particulièrement signaler, parce qu'elle est, en effet, particulièrement odieuse et redoutable ; c'est celle qui s'exerce par de mauvais traitements sur une personne malade, sur un vieillard surtout, et qui consiste à la priver de soins et de secours jusqu'à ce qu'elle ait consenti la libéralité qui est exigée d'elle, ou qui même seulement la menace de cette privation, si elle ne la consent pas.

L'homme qui souffre, est hélas ! dans une si grande dépendance de ceux qui le soignent ! il a tant besoin d'eux qu'il ne redoute souvent pas moins l'abandon que la mort même !

Et quand il arrive que ceux qui exercent sur lui une domination pareille, ont la conscience que leurs services sont devenus indispensables, et qu'ils veulent en abuser, c'est la pire des servitudes ! et on ne saurait vérifier avec trop d'attention les faits de violence, que l'on invoquerait contre des dispositions qui auraient été faites dans de telles situations.

C'est ce que l'expérience des anciens jurisconsultes n'avait pas manqué de constater (comp. Mantica, lib. II, tit. VIII, n° 5; Furgole, chap. V, sect. I, n°s 5 et 6.)

382. — II. *Du dol.* — Le dol est également une cause de nullité des donations entre-vifs et des testaments, lorsqu'il est reconnu que la libéralité en est le fruit, et qu'elle n'aurait pas été faite sans les manœuvres frauduleuses, qui ont été employées afin de circonvenir et de tromper la volonté du disposant (arg. de l'article 1116).

Cette condition y est en effet nécessaire, c'est le *dolus dans causam....*

Il faut, dit Furgole, examiner les faits pour connaître s'ils ont été capables de déterminer le testateur à

disposer autrement que s'il n'avait pas été surpris et trompé (chap. v, sect. II, n° 19).

383. — Mais aussi dès que le dol a ce caractère, il devient une cause de nullité de la disposition, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il a été pratiqué par le donataire ou par le légataire, ou s'il a été pratiqué par un tiers, sans la complicité et à l'insu de celui-ci.

Il est vrai que, dans les actes à titre onéreux, le dol n'est une cause de nullité de la convention, aux termes de l'article 1116, qu'autant qu'il a été pratiqué par l'une des parties.

Oui, dans les actes à titre onéreux!

Mais, précisément, il est question ici des actes à titre gratuit; or, dans les actes à titre gratuit, la condition essentielle de leur validité, c'est la volonté du disposant; et par conséquent, tout vice qui détruit cette volonté, est destructif de la disposition, de quelque part qu'il vienne! (comp. Cass., 18 mai 1825, Guedeney, D., 1825, I, 321; Cass., 8 août 1837, Adelon, Dev., 1837, I, 957; Paris, 30 déc. 1850, Tabourier, cité par M. Troplong, t. II, n° 488; L. 1, § 3, et L. 3, ff. *Si quis aliquem testari prohib.*; Furgole, chap. v, sect. II, n° 13; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 457, 458; Massé et Vergé, t. III, p. 54; *voy.* aussi notre *Traité des Successions*, t. II, n° 538).

384. — Furgole a écrit que:

« La captation et la suggestion ne sont pas des moyens propres et particuliers pour annuler les dispositions testamentaires; qu'ils sont seulement une branche et une dépendance du dol, qui doit leur servir de fondement » (chap. v, sect. III, n° 3).

Telle était, en effet, la doctrine généralement admise dans notre ancien droit, quoiqu'elle ne soit pas exprimée partout avec autant de précision que dans ce passage (comp. Ricard, *des Donat.*, part. III, chap. I,

nos 48 et suiv.; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. II, sect. II, art. 6, § 11, et art. 8).

L'article 47 de l'Ordonnance de 1735 avait, néanmoins, spécialement mentionné la suggestion et la captation comme causes de nullité des dispositions testamentaires.

Au contraire, le projet de code civil de l'an VIII, de la commission du gouvernement, renfermait d'abord une disposition ainsi conçue: « La loi n'admet point la preuve que la disposition n'a été faite que par haine, colère, suggestion ou captation » (tit. IX, chap. I, art. 4; Fenet, t. II, p. 274, 275).

On voulait tarir la source de ces sortes de procès, qui n'ont souvent aucun motif sérieux, et qui peuvent devenir une occasion déplorable de vexations et de calomnies (Furgole, *loc. supra*). Ce n'est pas que notre ancienne jurisprudence admît facilement la preuve de la suggestion et de la captation, quoique pourtant elle nous offre quelques exemples de testaments déclarés nuls pour cette cause, et notamment de testaments qui avaient été faits au profit d'établissements religieux, par la suggestion du confesseur du disposant (comp. Brillon, v° *Testament*, nos 16, 54, 232, 233; Catellan, 2, 97; Furgole, *loc. supra*, n° 49).

Mais si le succès était rare, les entreprises étaient fréquentes et nombreuses.

Et voilà ce que le projet de l'an VIII se proposait d'empêcher.

Cette disposition toutefois fut supprimée; on craignit que, si elle était maintenue, *la fraude et les passions ne crussent avoir, dans la loi elle-même, un titre d'impunité*, et ne fussent enhardies et encouragées!

On pensa, en conséquence, qu'il était plus prudent de s'en remettre à la sagesse des tribunaux (comp.

Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 365).

De cet exposé, nous pouvons déduire une double conclusion, savoir :

D'une part, que la suggestion et la captation, par elles-mêmes et par elles seules, ne constituent pas des causes de nullité des dispositions à titre gratuit;

Et d'autre part, au contraire, qu'elles constituent des causes de nullité, lorsqu'elles sont accompagnées de dol.

385. — Nous disons d'abord, que les simples faits de suggestion et de captation, ne sauraient être, par eux-mêmes, des causes de nullité.

Cela est évident, lorsque les faits, qui auront eu lieu, offriront un caractère de bonne foi et d'honnêteté.

Il ne saurait être défendu sans doute de suggérer, c'est-à-dire d'inspirer à une personne l'idée, la pensée d'une libéralité, qui peut-être ne lui serait pas venue à elle-même, de l'y engager même et de l'amener finalement à la faire; beaucoup de libéralités ont cette origine; et ce ne sont pas, en général, les moins sensées et les moins judicieuses, lorsque l'inspirateur est lui-même judicieux et sensé.

Il n'y a rien à reprendre non plus apparemment à une libéralité qui est la récompense des soins desintéressés, de l'amitié sincère par lesquels une personne s'est concilié la bienveillante reconnaissance du disposant!

Aussi est-il bien clair qu'il ne saurait être alors question de la *suggestion* et de la *captation*, dans le sens technique, que ces mots ont dans la langue du droit; car ils n'y sont guère employés que pour désigner des moyens malhonnêtes et des pratiques contraires à la delicatesse et à la loyauté.

Mais, même dans ce dernier cas, il serait encore impossible de voir une cause de nullité dans les sim-

ples faits de suggestion et de captation, qui n'iraient pas jusqu'au dol et à la fraude.

« Les présents, dit Furgole, les affections vraies ou simulées, les complaisances, les caresses, les prières dans la vue d'attirer des libéralités, n'ont pas, à la vérité, toute la pureté d'intention et ne sont pas louables à cause du motif d'intérêt sordide, qui en est le mobile; mais ces voies ne sont pourtant pas déclarées illicites, parce qu'elles n'ont pas une liaison nécessaire avec le dol et la fraude.... » (Chap. v, sect. III, n° 18.)

Cette doctrine est toujours vraie; il en résulte sans doute, et bien souvent! que les libéralités sont mal placées; qu'elles sont le prix des fausses démonstrations d'amitié, des basses complaisances, des adulations serviles; mais ce sont là des inconvénients inévitables, que l'on n'aurait entrepris d'empêcher qu'au prix d'inconvénients beaucoup plus graves encore! Le moyen, en effet, de discerner, en ces rencontres, le vrai d'avec le faux, l'amitié sincère d'avec l'hypocrisie de l'amitié, le dévouement véritable d'avec la mensongère ostentation du dévouement!

Les bienfaits, d'ailleurs, dit justement M. Coin-Delisle (art. 901, n° 16), ne sauraient, comme les contrats, se mesurer sur les principes d'une exacte justice; et il peut être utile au bonheur individuel que l'intérêt privé lui-même resserre les liens d'affection, que les maladies, les infirmités, la vieillesse et les oppositions de caractère tendent à détruire (comp. Agen, 7 mai 1851, Dèche, Dev., 1851, II, 273).

386. — Mais il y a une limite pourtant! et la suggestion et la captation deviennent des causes de nullité, lorsqu'elles sont accompagnées de manœuvres dolosives et frauduleuses; ou plutôt la vraie cause de la nullité alors, c'est le dol, dont la suggestion et la captation ne sont que les moyens et les artifices.

Où commence cette limite ?

Il n'est pas facile d'en marquer le point d'une manière précise; et c'est là, en effet, une question d'appréciation.

Nous ajouterons pourtant, en droit, que ce qui caractérise la suggestion et la captation dolosives, c'est surtout la circonstance que l'auteur de ces manœuvres a inventé des faits calomnieux, des faits positifs de calomnie contre les héritiers du disposant, afin de détourner d'eux son affection et de leur attirer son animadversion et sa haine; car c'est effectivement cette circonstance qui fait, si je puis dire ainsi, qu'elles prennent un corps et qu'elles deviennent saisissables.

La fraude, si habile et si occulte qu'elle soit, a néanmoins presque toujours, dans toutes les situations semblables, à peu près les mêmes moyens et, en quelque sorte, les mêmes allures; l'observation et l'expérience les ont depuis longtemps signalés et recueillis.

C'est ainsi que le contrat pignoratif s'est, de tout temps, trahi par trois symptômes : la vileté du prix, la relocation, l'habitude d'usure de la part du prétendu acquéreur, *consueto fœnerandi.*

Eh bien! le dol et la fraude, qui s'exercent à surprendre des libéralités, ont aussi leurs moyens connus, leur tactique depuis longtemps observée. Il y a également, dans cette œuvre de spoliation, certains symptômes habituels qui la dénotent et qui la font reconnaître : c'est l'éloignement des héritiers présomptifs et de la famille que l'on ne laisse plus arriver jusqu'à la personne trompée! et puis, la séquestration de cette personne, qui n'entend plus que celui qui la trompe, qui ne voit plus que par lui; c'est l'intronisation de ce dernier dans la maison, dont il devient le directeur et comme l'oracle! c'est enfin et surtout, l'emploi de la calomnie contre les parents du dispo-

sant, l'articulation mensongère et diffamatoire de faits précis et positifs : qu'ils l'ont volé, par exemple, qu'ils ont dégradé ses propriétés; abattu ses bois; qu'ils ont tenu sur son compte des propos insultants, etc.

Lorsque ces diverses circonstances se rencontrent, elles constituent un véritable dol; et la libéralité, qui en est le fruit, doit être annulée pour cause de dol, s'il en résulte que le disposant n'aurait pas fait effectivement cette libéralité dans le cas où il aurait connu la vérité (comp. Grenoble, 14 avril 1806, B.... C.... D...., Sirey, 1806, II, 158; Bruxelles, 21 avril 1808, Guillion, Sirey, 1808, II, 246; Cass., 6 janv. 1814, de Larry, Sirey, 1814, I, 217; Angers, 27 août, 1824, Jean Fournier, Sirey, 1824, II, 321; Cass., 18 mai 1825, Wolfius, Sirey, 1826, I, 10; Cass., 14 nov. 1831, de Hamel, Dev., 1831, I, 427; Cass., 22 déc. 1841, Broquery, Dev., 1843, I, 54; Angers, 1er août 1851, *Gazette des Tribunaux* du 27 août 1851; Cass., 15 mai 1861, Massiani, Dev., 1862, I, 1049; Merlin, *Rép.*, v° *Suggestion*, § 1; Toullier, t. III, nos 705 et suiv.; Grenier, t. II, n° 143, et Bayle-Mouillard, *hoc loc.*, note *b*; Duranton, t. VIII, n° 60; Solon, *des Nullités*, I, 233; Vazeille, art. 901, n° 12; Troplong, t. II, nos 485-499; Coin-Delisle, art. 901, n° 16; Demante, t. IV, n° 17 *bis*, V; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 466, 467; Massé et Vergé, t. III, p. 53, 54).

387. — Nous avons exprimé déjà l'opinion que les legs qui étaient appelés, en droit romain, *captatoires*, ne sauraient, chez nous, être considérés comme formant une preuve suffisante et tout acquise de captation (*supra*, n° 213; comp. Rennes, 10 mars 1846, Lefloch, D., 1846, II, 232).

Du moins est-ce là une question de fait et d'appréciation.

Il se pourrait donc que l'on trouvât un grave élé-

ment de captation dans l'existence de dispositions faites par un légataire universel au profit du testateur, à la même date et dans les mêmes termes que le testament de celui-ci, lorsque le légataire, auquel on imputerait des manœuvres frauduleuses, serait sans fortune, tandis que le testateur, qui l'avait institué, avait une fortune considérable (comp. Paris, 31 janv. 1814, Lefèvre, D., *Rec. alph.*, t. V, n° 250).

Et pareillement nous comprenons ces *motifs* d'un autre arrêt de la Cour de Paris du 21 décembre 1829 :

« Attendu... qu'après être parvenu à s'emparer de l'esprit, de l'affection et de la volonté de la veuve Morleva, de Hamel, alors que l'état de maladie où elle était tombée, ne lui permettait plus de songer au projet de mariage dont elle s'était flattée, l'a insensiblement amenée à remplacer les avantages qu'elle comptait lui assurer au moyen de ce mariage, par une institution universelle d'héritier ; — *Que c'est pour capter d'autant mieux son esprit et s'assurer les avantages qu'il convoitait, que de Hamel a remis à la veuve Morleva un testament semblable à celui qu'il exigeait d'elle, sachant bien que dans l'état désespéré où elle se trouvait, le legs qu'il lui faisait, ne pouvait jamais recevoir d'effet.* »

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt. (14 nov. 1831, de Hamel, D., 1832, II, 38.)

Telle nous paraît être la véritable doctrine.

En soi, la circonstance qu'une personne a fait une libéralité à une autre personne, si celle-ci en fait une de son côté à son profit, cette circonstance seule ne saurait être considérée comme une preuve de captation ; mais aussi elle peut devenir l'une des preuves à l'appui des autres faits de captation qui seraient présentés (comp. Grenier, t. I, n° 143, et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*).

388. — Remarquons enfin que le mot *suggestion*

avait encore autrefois un autre sens, différent, à certains égards, de celui dans lequel nous venons de l'employer; on s'en servait aussi pour désigner le vice d'un testament, qui, au lieu d'avoir été dicté par le testateur, avait été fait *par interrogat* et à la suggestion d'autrui. L'Ordonnance de 1735 l'avait même employé dans l'une et dans l'autre acception (comp. art. 23 et 27; *voy.* aussi Cout. de Poitou, art. 268; de Péronne, art. 162; Furgole, chap. v, sect. III, nos 28-30.)

Mais ceci se rattachait aux formalités extrinsèques de l'acte; et le moment viendra plus tard de nous en occuper (*voy.* le t. IV de ce Traité, n° 245).

389. — III. — *De l'erreur.* — L'erreur est l'un des vices les plus graves de la volonté; et il semble qu'elle doit être aussi une cause de nullité des donations entre-vifs et des testaments.

« Cependant, dit Furgole, les lois n'ont pas admis crument cette conséquence » (chap. v, sect. IV, n° 1); et la vérité est que l'on ne saurait être, surtout pour l'admission de cette cause de nullité, trop prudent et trop réservé.

C'est que la volonté du disposant est souveraine! c'est qu'il ne doit aucun compte de ses motifs, dont le secret est quelquefois impénétrable, et que lors même que son erreur sur un point serait démontrée, nul ne peut affirmer qu'il n'en aurait pas moins fait la disposition, si la vérité lui eût été connue.

Aussi, n'est-ce que très-rarement et très-difficilement que l'erreur pourra devenir une cause de nullité des dispositions à titre gratuit; pour cela, il faudrait qu'elle fût substantielle, c'est-à-dire telle qu'il fût démontré que le disposant n'aurait pas fait la libéralité, s'il n'eût pas été dans cette erreur, *nisi probetur alias legaturus non fuisse* (L. 72, § 6, ff. *De condit. et démonstrat.*)

Cette espèce d'erreur pourrait porter : soit sur l'identité de la personne du donataire ou du légataire, ou sur la qualité de cette personne; soit sur la chose donnée ou léguée; soit sur la cause finale de la donation ou du legs.

390. — L'erreur sur l'identité de la personne du donataire ou du légataire, *in ipso corpore hominis!* disait Ulpien (*infra*), est sans aucun doute substantielle; car une libéralité est faite essentiellement en considération de la personne, que l'on veut gratifier (arg. des articles 1109, 2053).

Si donc, par un concours singulier de circonstances, il était arrivé que le disposant, voulant gratifier Primus, eût, au contraire, nommé Secundus dans l'acte de disposition, et que la preuve en fût acquise (*infra*, n° 394), la libéralité devrait être déclarée nulle; et elle n'aurait d'effet, ni au profit de Primus, *quoniam voluntate deficitur*, ni au profit de Secundus, *quoniam non scriptus est, parce qu'il n'a point*, dit Furgole, *de titre pour intenter son action*. (L. 9, ff. *De hæred instit.*; Furgole, *loc. supra cit.*, n°s 4 et 6; Troplong, t. II, n°s 583; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 457 et 465; Massé et Vergé, t. III, p. 51 et 53).

391. — Il en serait de même, dans le cas où l'erreur n'aurait porté que sur une qualité que le disposant supposait au donataire ou au légataire, dans le cas où il serait certain que la libéralité a été faite, non pas en faveur de l'individu, mais uniquement en considération de cette qualité, et par conséquent sous la condition que cette qualité appartenait à la personne dénommée dans l'acte.

Mais on comprend que cette espèce d'erreur n'est pas moins difficile à admettre que la première (comp. Cass., 13 juin 1826, d'Hautieulle, D., 1826, I, 307).

392. — Un testateur voulant léguer tel objet à Paul,

lui lègue tel autre objet, qu'il ne voulait pas, au contraire, lui léguer.

Neutrum debebit hæres, répond Ulpien (L. 9, § 1, ff. *De hæred. instit.*).

Et, en effet, c'est une erreur substantielle que celle qui porte *in re, in corpore rei!*

Il est vrai; mais il est certain aussi que ceci sera encore de plus en plus rare! (comp. Pothier, *Traité des Donat. testam.*, chap. II, sect. II, art. 1, § 2).

393. — Enfin, nous avons dit que l'erreur pourrait être une cause de nullité, si elle avait porté sur la cause finale de la disposition; et pour cela, il faudrait que cette cause eût été énoncée sous la forme d'une condition, ou du moins qu'il résultât certainement des termes mêmes de la disposition, que le disposant a entendu subordonner l'existence de la disposition à la réalité de cette cause.

C'est là, en effet, ce qui différencie la cause finale d'avec la cause simplement impulsive, qui ne saurait être une cause de nullité (comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n° 588; Bruxelles, 10 juin 1812, Lafoie, Sirey, 1813, II, 66; Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, sect. II, § 2, n° 14; Pothier, *Introd. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 31; Furgole, chap. V, sect. IV, n° 9; Troplong, t. I, n°s 379-384, et t. II, n° 500; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 465, 466; Massé et Vergé, t. III, p. 52, 53).

Mais ceci touche, maintenant, aux règles d'interprétation de la volonté du disposant, c'est-à-dire à un ordre de principes tout autre que celui qui nous occupe en ce moment; et ce n'est pas le lieu de nous y arrêter davantage.

394. — La violence ou le dol, dont on prétendrait qu'une disposition à titre gratuit est le résultat, peuvent être prouvés par témoins et par présomptions,

sans qu'il soit besoin d'un commencement de preuve par écrit (*supra*, n° 364).

Il paraîtrait naturel aussi de dire de l'erreur, par suite de laquelle on prétendrait que le disposant a fait la libéralité, qu'il n'a pas été possible aux parties intéressées de s'en procurer une preuve par écrit, et qu'elle doit dès lors pouvoir être établie par tous les genres de preuve.

Et toutefois, une proposition aussi absolue ne serait pas, à notre avis, juridique; l'erreur, en effet, dans les dispositions à titre gratuit, est infiniment difficile à découvrir et à constater, précisément parce que nul ne peut être sûr de connaître exactement les mobiles, quelquefois très-secrets, qui ont déterminé le disposant; aussi, pensons-nous, qu'il n'y aurait pas lieu d'admettre purement et simplement la preuve testimoniale, à l'effet d'établir l'erreur du disposant, si la disposition elle-même, telle qu'elle se trouverait dans l'acte, n'offrait aucune incertitude ni aucune ambiguïté; il faudrait donc que l'acte lui-même, par des énonciations quelconques, rendît déjà vraisemblable la prétention du demandeur (comp. Paris, 26 mars 1862, Chiron, *Gazette des Tribunaux* du 26 avril 1862; et Dev., 1862, II, 313; Cass., 23 fév. 1863, mêmes parties, Dev., 1863, I, 68; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. III, p. 53).

395. — On a remarqué, dès longtemps, que ce n'était qu'avec beaucoup de prudence et de réserve que les magistrats devaient admettre contre les dispositions à titre gratuit, la preuve des différentes causes de nullité que nous venons d'examiner : insanité d'esprit, violence, dol, suggestion et captation, ou erreur.

Cette remarque est toujours vraie; et c'est surtout, en ces sortes d'affaires, que les faits articulés doivent être pertinents et concluants.

936. — Nous rappellerons aussi que le concubinage, par lui-même et par lui seul, ne saurait être présenté comme un moyen suffisant de preuve de la suggestion et de la captation; il peut sans doute en devenir un élément considérable; mais aller plus loin et prétendre en faire une preuve irréfragable de dol et de fraude, ce serait, en d'autres termes, y attacher une incapacité relative de disposer et de recevoir, que notre Code n'a pas prononcée (comp. Cass., 23 juin 1842, Nerbal, Dev., 1842, I, 687; Agen, 7 mai 1851, Dèche, Dev., 1851, II, 273; Cass., 26 mars 1860, Guillot, *J. du P.*, 1861, p. 238; Dijon, 5 févr. 1863, Dufour, D., 1863, II, 55; Merlin, *Répert.*, v° *Concubinage*, n° 3).

397. — Il faudrait bien se garder aussi de voir une preuve de suggestion et de dol dans la circonstance que le disposant aurait fait sa disposition d'après l'avis d'un conseil. Beaucoup de personnes consultent ainsi, pour la confection de leurs testaments, un notaire, un avocat ou un ami; et ce ne sont pas certes les moins avisées! Est-ce que la plupart des procès, que font naître les testaments, ne viennent pas de l'inexpérience des testateurs! et combien n'y en a-t-il pas qui sont déclarés nuls par leur propre faute! C'est donc une très-sage pratique que celle d'après laquelle ceux qui veulent faire des dispositions valables s'adressent à des conseils éclairés; il leur est souvent remis un modèle, qu'ils copient; et il n'y a rien là que de très-régulier. Ricard rapporte un arrêt du 30 juillet 1657, qui décida que l'on ne pouvait pas juger qu'un testament était le fruit de la suggestion, parce qu'il s'en était trouvé un modèle écrit de la main du fils du légataire, avec une consultation envoyée de Paris (n° 55).

Il faut même ajouter que la circonstance que le testateur aurait pris conseil d'un homme éclairé et

honorable, serait, tout au contraire, de nature à rendre peu vraisemblables les allégations de dol et de fraude, quoique pourtant elle ne dût pas élever non plus contre ces allégations, une fin de non-recevoir péremptoire (comp. *supra*, n° 376; Grenier, t. I, n° 145; Troplong, t. II, n° 497).

398. — On a aussi soulevé la question de savoir si ces différentes causes de nullités déduites de l'insanité d'esprit, du dol, de la suggestion, de la captation et de la violence, étaient proposables contre un testament olographe?

Ricard paraissait décider cette question négativement :

« On y tient, disait-il, comme maxime indubitable au Palais, que les faits de suggestion ne sont pas recevables contre un testament olographe; non pas qu'il ne pût y avoir telles circonstances, qui pourraient faire admettre cette preuve; mais les exemples en sont si rares, et tant d'arrêts en ont débouté ceux qui en ont demandé la permission, que l'on a cru que la maxime générale était contraire. » (Part. III, chap. I, n° 49).

Mais une telle maxime était évidemment trop absolue, en tant qu'elle supposait que la forme olographe élevait, en faveur de la sanité d'esprit et de la liberté du disposant, une présomption *juris et de jure*, qui excluait toute preuve contraire.

Aussi, déjà dans notre ancien droit, Furgole enseignait-il la doctrine contraire (chap. V, sect. III, n° 48).

Et cette doctrine est encore aujourd'hui la seule vraie.

Il ne faut même pas concéder que, dans ce cas particulier, la preuve par témoins et par présomptions ne serait admissible qu'avec un commencement de preuve par écrit; cet amendement semblerait, à la vérité, ré-

sulter d'un arrêt de la Cour de Paris du 17 juin 1822, et de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 1824, qui a rejeté le pourvoi, auquel, il avait donné lieu (Quarré de Villiers, D., 1824, I., 191). Mais il est vraisemblable que ce n'est là qu'une décision d'espèce.

En droit, le principe est que les mêmes preuves, à l'aide desquelles l'insanité d'esprit, la suggestion et la captation, et les autres vices de ce genre, peuvent être établis contre un testament par acte public ou mystique, sont également admissibles contre un testament olographe; car on ne pourrait fonder une différence sur aucun texte de loi.

Et, en raison, il faut ajouter que cette différence ne serait pas, à beaucoup près, suffisamment justifiée.

On prétend, il est vrai, que le testament olographe étant l'œuvre personnelle du testateur, offre ainsi plus de garantie; et qu'il est difficile de supposer, chez un testateur, assez de patience et de soumission ou d'aveuglement et de faiblesse, pour tracer lui-même, de sa propre main, des dispositions, qui ne seraient pas conformes à sa volonté, sans que sa conscience se soulève et que sa volonté se révolte, surtout s'il s'agit d'une longue suite de dispositions, qui auront demandé beaucoup de temps, surtout enfin si ces dispositions elles-mêmes sont raisonnables et sages (comp. d'Aguesseau, 37e plaidoyer; Grenier, t. I, n° 145; Toullier, t. III, ne 58).

Ces considérations ne manquent pas de vérité, sans doute; mais qu'il s'en faut qu'elles soient toujours décisives!

Est-ce que, en effet, le testament olographe ne se fait pas sans témoins! et n'y a-t-il pas, dans cette seule circonstance, de sérieux dangers! Où est la garantie qu'il n'est pas l'œuvre de la violence? Et si c'est le dol et la captation que l'on demande à prouver,

l'étendue et la longueur des dispositions ne pourraient-elles pas devenir elles-mêmes une preuve de plus de la domination qui était exercée sur le testateur, et du degré profond de l'obéissance où il était descendu?

Quel ne peut pas être le danger surtout, s'il sagit d'un legs universel, que deux ou trois lignes suffisent pour établir!

Aussi, avons-nous entendu, tout au contraire, dans plusieurs procès de ce genre, glorifier, sous ce rapport même, les avantages du testament par acte public sur le testament olographe! et ce n'était pas sans raison que l'on présentait comme de puissantes garanties dans le testament public, la présence du notaire et des témoins.

Mais la vérité est que chacune de ces formes de disposition a ses inconvénients et ses avantages, et qu'il serait difficile de décider d'une manière absolue, laquelle est la plus sûre; les circonstances particulières y sont toujours pour une grande part; ce qui est certain, c'est que, en droit, il n'existe entre elles, à ce point de vue, aucune différence (comp. Cass., 16 janv. 1843, Fransinet, Dev., 1843, I, 432; Merlin, *Répert.*, v° *Suggestion*, § 1, n° 4; Toullier, t. III, n° 716; Bayle-Mouillard sur Grenier t. I, *loc. supra*, note *a;* Troplong, t. II, n° 508; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 467; Massé et Vergé, t. III, p. 55).

399. — Il faut, d'ailleurs, que les faits de violence, de dol, de suggestion et de captation, ou autres vices, qui seraient allégués contre la disposition, soient contemporains de cette disposition elle-même et se rapportent à l'époque de sa confection; et cela est tout simple, puisque cette disposition ne devra être déclarée nulle qu'autant qu'il sera reconnu qu'elle en a été le résultat (comp. *supra*, n° 342; Ricard, part. III, chap. I, n° 52; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. II,

sect. II, art. 7; *Introduction au titre* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 29).

On peut bien sans doute admettre, s'il y a lieu, la preuve des faits soit antérieurs, soit postérieurs à la confection de l'acte; mais ces faits ne sont pertinents et concluants qu'autant qu'ils tendent à éclaircir et à fortifier les faits concomitants de la confection même de cet acte (comp. Angers, 29 mars 1828, Delage, D., 1829, II, 92; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 144, note *a*).

400. — Mais on peut demander quel devra être le sort de la disposition, si le disposant l'a laissée subsister postérieurement à la cessation et à la découverte des vices, dont elle aurait été le résultat au moment de sa confection.

Ces vices seront-ils alors purgés par une sorte de confirmation tacite de la disposition, résultant de sa volonté ultérieure?

Il convient de distinguer le testament d'avec la donation entre-vifs.

S'agit-il d'un testament? il faut, en principe, répondre négativement; nous verrons, en effet, que la volonté du testateur, lorsqu'elle n'a pas été, dès son origine, valablement manifestée, ne saurait recevoir du seul laps de temps la validité, qui lui manque. Tel est, disons-nous, le principe; mais il est clair aussi que les circonstances postérieures au testament, le long espace de temps surtout qui se serait écoulé depuis sa confection, pourraient servir à prouver que les faits de violence ou autres, dont on prétendrait qu'il a été le résultat, n'auraient pas été réels ou suffisamment sérieux. C'est ainsi que le Parlement de Grenoble, par un arrêt du 10 février 1663, refusa d'admettre les héritiers d'une femme, à la preuve des faits de violence, qu'ils alléguaient contre le testament fait par celle-ci

au profit de son mari, quand il était constant que la femme avait vécu avec son mari pendant douze ans après la confection de son testament, sans l'avoir changé : *ce qui rendait*, dit Furgole, *leur action suspecte de vexation et de calomnie* (chap. v, sect. I, nos 21, 22; Basset, t. I, liv. VIII, tit, I, chap. VII),

S'agit-il, au contraire, d'une donation entre-vifs ? il ne serait pas impossible que les vices, dont le consentement du donateur aurait été entaché, au moment de la donation, fussent purgés par une confirmation tacite de sa part, s'ils étaient, en effet, de la nature de ceux pour lesquels la loi admet, dans les conventions, cette espèce de confirmation, comme par exemple, la violence ou le dol (comp. art. 1338, 1339; Furgole, *loc. supra cit.*, n° 23; Troplong, t. II, nos 482, 483; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 468; Larombière, *des Obligations*, t. VI, art. 1339, nos 1-10).

401. — Lorsqu'une donation entre-vifs ou un testament est attaqué pour cause de violence, de dol, de suggestion et de captation ou autres vices de ce genre, et que la preuve en est faite, est-ce la donation entre-vifs ou le testament, dans son entier, qui doit être déclaré nul? ou, au contraire, ne doit-on annuler que celles des dispositions, qui en sont le résultat, en maintenant d'ailleurs les autres dispositions, s'il s'en trouve, qui seraient exemptes de tout vice de volonté ?

Le *sommaire* d'un arrêt de la Cour de cassation, dans le *Recueil* de M. Dalloz, exprime que « lorsqu'un testament est annulé pour captation, l'annulation ne porte pas seulement sur la disposition faite en faveur de la personne qui s'est rendue coupable de suggestion et de captation; mais qu'elle frappe le testament tout entier. » (1825, I, 107.)

Mais, d'abord, cet arrêt même ne nous paraît pas

consacrer cette doctrine; car il n'annule toutes les dispositions du testament que *parce qu'elles participent au même vice* (21 mai 1824, Truchet, D., *loc. supra*).

Et, dans tous les cas, il est certain, à notre avis, que cette doctrine ne devrait pas être admise.

Il n'y a rien, ni dans la loi, ni dans les principes, qui exige que l'on considère comme indivisibles les différentes dispositions d'un acte à titre gratuit; et s'il est constaté que parmi celles, qu'il contient, les unes sont le fruit de la violence ou du dol, tandis que les autres sont le fruit d'une volonté libre et éclairée, la loi et les principes veulent, au contraire, que les premières seules soient annulées et que les secondes soient maintenues (*supra*, n° 340; Cass., 18 mai 1825, Guedeney, D., 1825, I, 311; Dijon, 5 févr. 1863, Dufour, D., 1863, II, 53; Furgole, chap. v, sect. II, n° 20; Troplong, t. II, n° 687; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 143, note *c*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 648, 649).

402. — Mais aussi nous avons déjà exprimé l'opinion que lorsqu'il était reconnu qu'une disposition était entachée d'une cause de nullité, les magistrats devaient, en effet, la déclarer nulle, et qu'ils n'avaient pas le pouvoir de la réduire (*supra*, n° 370).

Ce principe s'applique également aux causes de nullité qui nous occupent ici, et notamment à la suggestion et à la captation.

M. Vazeille a exprimé toutefois une doctrine contraire, et que les magistrats pouvaient réduire seulement la disposition dans de justes limites, *parce qu'il y a des degrés dans l'abus* (art. 901).

Il ne serait pas impossible, sans doute, que malgré la preuve acquise de la captation et de la suggestion dont une disposition au profit d'une personne serait entachée, on reconnût que le disposant aurait fait vraisemblablement, de son plein gré, une libéralité

moindre à la même personne; et qu'il parût alors désirable que cette disposition fût réduite seulement et non pas annulée.

Mais précisément c'est ce pouvoir de réduction qui ne saurait appartenir aux juges qu'autant que la loi le leur aurait attribué; ce qu'elle n'a fait que dans une hypothèse spéciale (art. 909; comp. Cass., Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 143, note *c*).

403. — Les principes que nous venons d'exposer sur les différents vices, qui peuvent, en altérant la volonté du disposant, entraîner la nullité de la disposition, sont en général applicables également à la donation entre-vifs comme au testament.

C'est l'article 901, qui forme, en effet, s'il est permis de dire ainsi, le pivot de toute cette théorie; or, cet article déclare qu'il faut être sain d'esprit *pour faire une donation entre-vifs ou un testament.*

Il est vrai que la donation entre-vifs dépouillant actuellement et irrévocablement le donateur lui-même, on trouve dans le propre intérêt de celui-ci, une garantie puissante qui ne se rencontre pas dans le testament, par lequel le testateur ne dépouille que ses héritiers pour le temps où il n'existera plus; aussi faut-il reconnaître que, dans la pratique, en effet, ces sortes d'actions en nullité, pour dol, suggestion et captation, qui sont fréquentes contre les testaments, sont rares, au contraire, contre les donations entre-vifs.

Mais il importe de remarquer pourtant que la donation entre-vifs peut elle-même être faite *in extremis vitæ*; car notre droit moderne n'a pas admis, comme notre ancien droit coutumier, qu'elle ne pouvait être faite qu'en état de santé; et par conséquent, elle peut, à ce point de vue, présenter les mêmes dangers que le testament, et même des dangers d'autant plus graves, que si le donateur revenait à la santé, il se trouverait

irrévocablement lié, s'il ne pouvait pas dénoncer les manœuvres par suite desquelles on lui aurait surpris ou arraché cette donation.

Nous devons donc maintenir intact le principe que l'article 901, avec tous les développements, que nous venons d'en déduire, s'applique à la donation entre-vifs comme au testament (*voy.* aussi art. 909; comp. Douai, 10 janv. 1835, N....., D., *Rec. alph.*, h. v., n° 254; Basnage, sur l'article 431 de la Cout. de Normandie; Merlin, *Répert.*, v° *Suggestion*, § 1, n° 5; Grenier, t. I, n° 145; Coin-Delisle, art. 901, n° 16).

404. — Remarquons enfin que l'article 901 doit être appliqué non-seulement lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité d'une *disposition*, mais encore lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité de la *révocation* d'une disposition antérieure.

Il est clair, en effet qu'il faut être sain d'esprit, non-seulement pour *disposer*, mais aussi pour *révoquer;* car la révocation, comme la disposition, doit être l'œuvre de la volonté de celui qui révoque comme de celui qui dispose; et par conséquent, les mêmes vices de volonté, qui sont une cause de nullité de la disposition, peuvent être aussi une cause de nullité de la révocation (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 467).

Nous reviendrons, d'ailleurs, plus tard, sur cette thèse.

405. — Tel est cet article 901.

Le moyen de nullité, qui en dérive, l'insanité d'esprit et les autres vices de la volonté, que l'on y rattache, ce moyen ne jouit pas, dans la pratique, d'un grand crédit; et il faut même avouer que l'on est assez généralement porté, tout d'abord, à n'y voir que la suprême ressource d'un héritier aux abois !

C'est qu'on en a effectivement beaucoup abusé dans l'ancien droit et dans le droit nouveau !

Mais il importe pourtant de se défendre d'une telle pensée, qui serait tout à la fois contraire à la loi et fort dangereuse.

Les moyens de ce genre contre les dispositions à titre gratuit peuvent être sérieux et décisifs; il y en a aussi de nombreux exemples; la sagesse et la raison veulent donc qu'on les examine toujours sans prévention.

B. — *De l'incapacité du mineur de disposer à titre gratuit.*

SOMMAIRE.

406. — L'incapacité du mineur de disposer à titre gratuit est fondée sur une présomption d'*incapacité de fait;* mais c'est une présomption légale, qui, dès lors, constitue une *incapacité de droit.*

407. — La minorité est, à cet égard, partagée en deux périodes : l'une, qui comprend les seize premières années; l'autre, qui comprend les années suivantes, jusqu'à vingt et un ans. — Deux règles sont d'abord communes à l'une et à l'autre :

408. — I. Le mineur ne sort de la première période pour entrer dans la seconde, que lorsqu'il a seize ans accomplis.

409. — Suite.

410. — II. L'incapacité du mineur est réglée eu égard seulement à son âge, suivant qu'il est au-dessous ou au-dessus de seize ans, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il est encore sous la puissance paternelle, ou en tutelle, ou s'il est émancipé.

411. — Il convient d'examiner en quoi consiste l'incapacité du mineur, soit dans la première période, au-dessous de seize ans, soit dans la seconde période, au-dessus de seize ans.

412. — A. Le mineur, âgé de moins de seize ans, est frappé d'une incapacité absolue de disposer, soit par donation entre-vifs, soit par testament.

413. — Ce principe souffre une exception unique, relativement aux donations, que le mineur peut faire à son futur époux par contrat de mariage.

414. — Il faut, pour cela, que le mineur soit habile à contracter mariage.

415. — Suite.

416. — Suite.

417. — L'exception à la règle que le mineur ne peut aucunement dis-

poser entre-vifs, s'applique-t-elle aussi aux donations que l'un des époux ferait à son époux pendant le mariage?

418. — B. Le mineur, même parvenu à l'âge de seize ans, demeure toujours dans la même incapacité absolue de disposer par donation entre-vifs, sauf l'exception relative aux donations par contrat de mariage.

419. — En ce qui concerne le testament, les législations antérieures avaient beaucoup avancé l'âge de la capacité. — Du droit romain. — De notre ancien droit français.

420. — Du Code Napoléon. — Observations.

421. — La quotité disponible de l'époux mineur envers son époux est réglée, comme envers tout autre, par l'article 904 et non point par l'article 1094.

422. — Quelle est cette quotité?

423. — Quel est le caractère de la règle décrétée par l'article 904? — Est-ce une règle de capacité personnelle, ou, au contraire, une règle de disponibilité réelle?

424. — Suite.

425. — Suite.

426. — Suite.

427. — Suite.

427 *bis*. — Suite. — L'article 917 serait-il applicable à une disposition en usufruit ou en rente viagère, qui aurait été faite par un mineur?

428. — Suite.

429. — Suite.

430. — Suite.

430 *bis*. — Quelle sera la quotité disponible du mineur, et de quelle manière devra être partagée, entre ses héritiers, la quotité indisponible, lorsqu'il aura laissé des ascendants dans une ligne, et des collatéraux autres que des frères et sœurs, ou descendants d'eux, dans l'autre ligne?

431. — Suite. — Il faut distinguer deux hypothèses : celle où le legs a été fait par le mineur à tout autre qu'à sa mère; et celle où le legs a été fait par le mineur à sa mère elle-même par préciput et hors part.

432. — A. De l'hypothèse où le mineur a légué à tout autre qu'à sa mère tout ce dont il pouvait disposer.

433. — Suite.

434. — Suite.

435. — B. De l'hypothèse où le mineur a légué à sa mère elle-même par préciput et hors part tout ce dont il pouvait disposer.

436. — Suite. — Observation générale.

437. — Suite. — La mère légataire par préciput de la quotité disponible de son enfant mineur, et qui partage la quotité indisponible avec un cousin paternel, a-t-elle droit, en outre, aux termes de

l'article 754, à l'usufruit du tiers des biens, auxquels elle ne succède pas en propriété?

438. — *Quid*, si un mineur, âgé de plus de seize ans, décède sans ascendants et sans enfants, après avoir légué l'universalité de ses biens à sa femme et à sa sœur par égales portions?

439. — La valeur des biens, dont le mineur aurait disposé en faveur de son conjoint par contrat de mariage, doit-elle être imputée sur la quotité de ses biens, dont il lui est permis de disposer par testament?

406. — Les articles 903 et 904, qui règlent l'incapacité du mineur de disposer à titre gratuit, sont ainsi conçus :

Article 903 : « Le mineur âgé de moins de seize « ans, ne pourra aucunement disposer, sauf ce qui « est réglé au chapitre IX du présent titre. »

Article 904 : « Le mineur parvenu à l'âge de seize « ans, ne pourra disposer que par testament, et jus- « qu'à concurrence seulement de la moitié des biens, « dont la loi permet au majeur de disposer. »

Cette incapacité du mineur est fondée sur l'inexpérience de son âge, et sur ce qu'il n'a point encore la raison assez ferme, le jugement assez mûr, l'*integritas mentis*, enfin, nécessaire pour disposer de ses biens à titre gratuit.

C'est-à-dire qu'elle est elle-même, en réalité, fondée sur une sorte d'insanité d'esprit relative et sur une *incapacité de fait*.

Mais elle n'en constitue pas moins pourtant une *incapacité de droit;* car s'il est vrai que le législateur, en la décrétant, a eu pour but de protéger le mineur contre les dangers auxquels l'inexpérience et les passions de son âge auraient pu l'exposer, c'est bien certainement une incapacité que le législateur a prononcée; et c'est là, par conséquent, une *incapacité légale*, qui seulement repose sur une présomption d'*incapacité naturelle*, présomption *juris et de jure*, contre laquelle

aucune preuve contraire ne serait admise (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, n° 16).

407. — Il résulte de nos articles 903 et 904, que la minorité se trouve, à cet égard, partagée en deux périodes :

La première, qui comprend les seize premières années ;

La seconde, qui comprend les autres années, depuis seize jusqu'à vingt et une.

L'incapacité du mineur n'est pas réglée de la même manière dans l'une et dans l'autre de ces époques; et nous allons l'examiner successivement dans chacune d'elles.

Mais nous croyons devoir poser d'abord les deux règles suivantes, qui dominent, en effet, toutes les explications, que nous aurons ensuite à fournir, savoir :

I. Que cette première période de la minorité ne finit, et que la seconde période ne commence que lorsque le mineur a seize ans accomplis ;

II. Que, dans l'une comme dans l'autre période, l'incapacité du mineur est réglée, eu égard seulement à son âge, suivant qu'il est au-dessous ou au-dessus de seize ans, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il est encore sous la puissance paternelle ou en tutelle, ou s'il est émancipé.

408. — I. Nous disons d'abord que le mineur ne sort de la première période, qui est réglée par l'article 903, pour entrer dans la seconde période, qui est réglée par l'article 904, que lorsqu'il a seize ans accomplis.

On pourrait peut-être objecter que les articles 903 et 904 ne disent pas si les seize ans doivent être accomplis ou s'il suffit qu'ils soient commencés; et que pourtant, le législateur, lorsqu'il exige une limite d'âge fixée à un certain nombre d'années, et qu'il veut que

les années soient accomplies, pour que cette limite soit atteinte, prend, en général, le soin de s'en expliquer formellement (comp. art. 144, 148, 152, 156, 159, 173, 374, 376, 377, 388, 477, 478, 488, 2066).

D'où l'on induirait qu'il y a lieu d'appliquer ici la maxime : *annus incœptus pro completo habetur ;* d'autant plus qu'il s'agit d'une interprétation favorable, puisqu'elle a pour but de diminuer une incapacité (comp. Bernardi, *Comm. des donat. entre-vifs et des testam.*, p. 29, 30

Mais la réponse nous paraît facile.

C'est que le texte même de nos articles 903 et 904 exige, en effet, formellement que la seizième année soit accomplie :

D'une part, l'article 903 est applicable au mineur, tant qu'il *est âgé de moins de seize ans ;* or, le mineur, eût-il quinze ans neuf mois et vingt-neuf jours, est âgé *de moins de seize ans*, tant qu'il n'a pas atteint sa seizième année; et d'autre part, l'article 904, parfaitement d'accord avec l'article 903, vient compléter la démonstration, en ajoutant qu'il ne s'applique au mineur que lorsqu'il *est parvenu à l'âge de seize ans ;* or, celui qui ne fait qu'entrer dans sa seizième année, n'a pas encore vécu seize ans; il est toujours au-dessous de seize ans; et pour employer les termes de la loi, il n'est point *parvenu à l'âge de seize ans.*

C'est ce que décidait aussi le jurisconsulte Marcellus, dans une hypothèse semblable à la nôtre.

« Non putabam diem fideicommissi venisse, *cum sextum decimum annum ingressus fuisset*, cui erat relictum *cum ad annum sextum decimum pervenisset.* » (L. 48, ff. *De condit. et demonstr.*)

Remarquons même que notre article 904 ne dit point : *parvenu à sa seizième année;* ce qui aurait pu peut-être paraître équivoque; il dit : *parvenu à l'âge*

de seize ans; ce qui exprime bien plus nettement le nombre complet de seize ans révolus.

Et quant à la maxime : *annus incœptus pro completo habetur*, nous avons déjà eu l'occasion de remarquer qu'il s'en faut bien que les Romains eux-mêmes l'aient toujours admise et que nos lois modernes, loin de la consacrer, ont bien plutôt admis la maxime contraire (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, n° 422; Cass., 19 janv. 1810, Sirey, 1816, I, 207; Delvincourt, t. I, p. 189; Duranton, t. VIII, n° 186; Coin-Delisle, art. 903, n° 5; de Freminville, *de la Minorité*, t. II, n° 977; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 108, note *a;* Troplong, t. II, n° 589; Demante, t. IV, n° 22 *bis*, II; Saintespès-Lescot, t. I, n° 177; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 426; Massé et Vergé, t. III, p. 31).

409. — On a supposé que le testament fait par un mineur, daté du jour où sa seizième année s'est accomplie, portait, en outre, une date d'heure, qui, comparée à la date de l'heure mentionnée dans l'acte de naissance, prouvait que, au moment où le testament a été fait, la seizième année n'était pas encore entièrement accomplie *de momento ad momentum*.

Et on a demandé si, en cas pareil, le testament était nul, ou s'il était valable?

Il faut, a-t-on répondu, se prononcer pour la validité, parce que le jour commencé est censé accompli, quand il confère un droit.

Telle était la loi romaine (L. 5, ff. *Qui testam. fac poss.*).

Telle était aussi notre ancienne jurisprudence française (comp. Ricard, part. I, n° 196; Furgole, chap. IV, sect. II, n° 201; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. III, sect. I, art. 2).

On ajoute que rien n'annonce que notre législation

nouvelle ait voulu s'en départir (comp. Delvincourt, t. II, p. 61, note 3; Delaporte, *Pandect. franc*, art. 904, n° 162; Coin-Delisle, art. 903, n° 6).

Mais cette doctrine nous paraît contestable :

Nous venons de reconnaître qu'il faut, afin que le mineur sorte de la première période pour entrer dans la seconde, que sa seizième année soit accomplie;

Or, le dernier jour de la seizième année fait partie de cette année elle-même;

Donc, tant que ce dernier jour n'est pas accompli, la seizième année n'est pas accomplie.

N'avons-nous pas vu, en effet, déjà que la majorité de vingt et un ans se compte, dans notre droit nouveau, exactement d'heure en heure, *de momento ad momentum!* (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. II, n° 407).

410. — II. Nous avons dit, en second lieu (*supra*, n° 407), que, dans les deux périodes de la minorité, qui sont régies par les articles 903 et 904, l'incapacité du mineur est déterminée eu égard à son âge seulement, suivant qu'il est au-dessous ou au-dessus de seize ans;

Et que, par conséquent, on ne doit faire aucune distinction entre le mineur, qui est en puissance paternelle ou en tutelle, et le mineur qui a été émancipé, soit par le mariage, soit par une déclaration de son père ou de sa mère, soit par une délibération du conseil de famille.

Cette doctrine, qui est généralement admise, et qui nous paraît, en effet, certaine, a toutefois été contestée par Taulier.

Notre regrettable collègue de la Faculté de Grenoble s'exprime ainsi :

« Dans les articles 903 et 904, la loi suppose évidemment que le mineur est en tutelle. Le mineur

émancipé a le droit de disposer de ses meubles autres que des capitaux. Au-dessous de seize ans, il peut donc aliéner par donation entre-vifs ou par testament cette espèce de biens. Au-dessus de seize ans, il a le même droit, et, en outre, celui de donner par testament la moitié des autres biens, dont il aurait la libre disposition, s'il était majeur. Je crois même qu'il faut assimiler aux effets mobiliers les capitaux formés avec les épargnes, que le mineur a faites sur ses revenus » (t. IV, p. 27, 28).

Mais il est clair que le point de départ de cette théorie n'est pas exact.

Les articles 903 et 904 supposent, dit-on, que le mineur est en tutelle!

Eh! pourquoi donc?

Mais c'est tout le contraire!

Les articles 903 et 904 s'occupent, sans aucune distinction, l'un du mineur âgé de moins de seize ans; l'autre, du mineur parvenu à l'âge de seize ans;

Or, le mineur émancipé est mineur, bien entendu, tout comme le mineur non émancipé (art. 488);

Donc, les articles 903 et 904, dans la généralité absolue de leurs termes, comprennent également l'un et l'autre.

Ce syllogisme nous paraît tranchant; et il faut ajouter qu'il est confirmé par l'historique des travaux préparatoires de notre Code.

L'article 8 du projet, correspondant à l'article 903, portait d'abord que :

« Le mineur non émancipé ne pourra aucunement disposer. »

Et l'article 9, correspondant à l'article 904, portait que :

« Le mineur émancipé ne pourra disposer que par testament. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 131.)

On avait donc eu, en effet, d'abord l'intention de distinguer entre le mineur émancipé et le mineur non émancipé; et encore peut-on voir que la distinction du projet était autre que celle qui est proposée par Taulier.

Mais toute distinction fut ensuite rejetée sur l'observation du consul Cambacérès qu'il faudrait que la faculté de disposer *dépendît de l'âge et non de l'émancipation* (Locré, *loc. supra*, p. 134).

Et voici en quels termes M. Bigot-Préameneu exposa les motifs de la rédaction définitive, qui est devenue notre loi dans les articles 903 et 904 :

« Celui qui dispose de sa fortune doit être parvenu à l'âge où il peut avoir la réflexion et les connaissances propres à la diriger.

« La loi ne peut, à cet égard, être établie que sur des présomptions.

« Il fallait choisir entre celle qui résulte de l'émancipation et celle que l'on peut induire d'un nombre fixe d'années.

« Plusieurs motifs s'opposaient à ce qu'on prît pour règle l'émancipation.

« Les père et mère peuvent émanciper leur enfant, lorsqu'il a quinze ans révolus. On leur a donné ce droit, en comptant que leur affection continuerait à guider l'enfant, qui n'aurait pas encore, dans un âge aussi tendre, les connaissances suffisantes pour diriger sa conduite; c'est aussi par ce motif que le mineur qui a perdu ses père et mère, ne peut être émancipé avant dix-huit ans.

« Cependant la faculté de disposer doit être exercée par un acte de volonté propre et indépendante des père et mère ou des tuteurs. La volonté ne pouvait être présumée raisonnable à l'égard de certains mineurs à quinze ans, à l'égard des autres à dix-huit ans seulement.

« Cette volonté n'eût pas été indépendante, si les mineurs n'avaient pu l'exercer que dans le cas où ils auraient été émancipés soit par leur père ou mère, soit à la demande de leurs parents. La crainte que le mineur ne fît des dispositions contraires à leurs intérêts eût pu quelquefois être un obstacle à l'émancipation.... » (Locré, *loc. supra*, p. 362).

On peut ajouter que l'émancipation ne confère au mineur que la capacité d'administrer ses biens, et même seulement de faire des actes de pure administration (art. 481), et que les dispositions à titre gratuit n'ont jamais ce caractère! *Quia donatio*, dit Cujas, *non pertinet ad administrationem rerum suarum*, *sed ad amissionem* (lib. V, *Resp. Papin. ad leg.* 39, *de admin. et peric. tutor.*; comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. II, nos 275, 276 et 327).

Il est vrai que la coutume de Paris (art. 262) avait permis au mineur émancipé de donner ses meubles, lorsqu'il avait vingt ans accomplis; mais elle était, à cet égard, exceptionnelle.

En conséquence nous concluons :

1° Que le mineur, âgé de moins de seize ans, ne peut aucunement disposer ni par donation entre-vifs, ni par testament, lors même qu'il serait émancipé (art. 903); et nous en trouvons une nouvelle preuve dans l'exception, par suite de laquelle le mineur ne peut disposer que par son contrat de mariage au profit de son futur époux (*infra*, n° 417);

2° Que le mineur parvenu à l'âge de seize ans, peut disposer par testament, dans les limites déterminées par l'article 904, lors même qu'il ne serait pas émancipé.

C'est-à-dire que l'émancipation ne change rien à son incapacité, qui n'est pas moindre dans la première période, lors même qu'il serait émancipé, et qui n'est

pas plus grande dans la seconde, lors même qu'il ne serait pas émancipé (comp. Paris, 11 déc. 1812, Lerebours, Sirey, 1813, II, 52; Limoges, 15 janv. 1822, Jean Claux, Sirey, 1822, II, 196; Caen, 18 août 1838; Guillouet, D., 1839, II, 49; Delvincourt, t. II, p. 61; note 2; Duranton, t. VIII, n° 182; Grenier, t. II, n° 461; Troplong, t. II, n° 590; Coin-Delisle, art. 903. n°s 3, 4; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 427; Massé et Vergé, t. III, p. 31).

411. — Nous avons maintenant à examiner, d'une façon plus précise, en quoi consiste l'incapacité du mineur :

A. Soit dans la première période, au-dessous de seize ans;

B. Soit dans la seconde période, au-dessus de seize ans.

412. — A. Et d'abord, dans la première période, qui est régie par l'article 903, rien de plus simple.

« Il ne pourra, dit notre article, aucunement dis-
« poser.... »

Aucunement! voilà bien une capacité absolue; et la règle est, en effet, que le mineur âgé de moins de seize ans, ne peut disposer ni par donation entre-vifs ni par testament.

413. — A cette règle, une exception importante, mais unique, a été faite :

« Sauf, dit l'article 903, ce qui est réglé au cha-
« pitre IX du présent titre. »

Et, au chapitre IX de ce titre, l'article 1095 est ainsi conçu :

« Le mineur ne pourra, par contrat de mariage,
« donner à l'autre époux, soit par donation simple, soit
« par donation réciproque, qu'avec le consentement
« et l'assistance de ceux dont le consentement est re-
« quis pour la validité de son mariage; et, avec ce con-

« sentement, il pourra donner tout ce que la loi permet « à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint » (Ajout. art. 1309 et 1898).

Cette exception était nécessaire; l'intérêt privé et l'intérêt public la réclamaient également; les donations par contrat de mariage, qui ont lieu entre les futurs époux, sont presque toujours la condition et la cause déterminante du mariage; or, les futurs époux, et particulièrement les femmes, sont très-souvent mineurs; il était donc indispensable d'appliquer ici la maxime : *Habilis ad nuptias, habilis ad nuptiarum consequentias.*

Mais, en même temps, le législateur a pourvu aux dangers qui pouvaient en résulter; et il a décidé que le futur époux ne serait capable de donner, même par contrat de mariage, à son futur époux, qu'avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est nécessaire à son mariage (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. II, n° 794).

414. — Il faut donc, pour que le mineur soit capable de faire des donations à son futur époux par contrat de mariage, il faut, dit l'article 1398, qu'il soit *habile à contracter mariage.*

C'est-à-dire que la femme ait quinze ans révolus; et l'homme, dix-huit ans révolus (art. 144);

A moins qu'ils n'aient obtenu des dispenses d'âge (art. 145).

Dans ce dernier cas, en effet, la femme, même au-dessous de quinze ans, et l'homme, même au-dessous de dix-huit ans, serait devenu habile à contracter mariage; et par conséquent, il pourrait, avec le consentement et l'assistance requis, faire des donations à son futur époux par contrat de mariage (comp. Pont et Rodière, *Contr. de mariage*, t. I, n° 38).

415. — C'est au moment du contrat de mariage, que le mineur doit être habile à contracter mariage,

afin de pouvoir faire des donations à son futur époux; car c'est à ce moment-là même qu'il fait ces donations (art. 1095, 1309, 1398).

Il ne suffirait donc pas qu'il eût été habile à contracter mariage, au moment de la célébration du mariage, s'il ne l'avait pas été au moment de la confection du contrat de mariage.

Et, par exemple, si une jeune fille, devant se marier à quinze ans, avait consenti des donations à son futur époux par son contrat de mariage, qui aurait été passé peu de jours avant sa quinzième année révolue, ces donations ne seraient pas valables, lors même qu'elle les aurait faites avec le consentement et l'assistance de ceux, dont le consentement était nécessaire pour la validité de son mariage, et que son mariage aurait été, en effet, célébré ensuite avec leur consentement (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 8; Duranton, t. VIII, n° 183, Saintespès-Lescot, t. I, n° 171).

416. — De la solution qui précède, il nous paraît résulter que si la femme s'était mariée avant quinze ans, ou l'homme avant dix-huit ans, sans avoir obtenu de dispense d'âge, les donations, qu'il aurait pu faire à son conjoint, par contrat de mariage, même avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement était nécessaire pour la validité de son mariage, ne seraient pas non plus valables, lors même que la nullité résultant du défaut d'âge, se trouvant couverte, aux termes de l'article 185, le mariage lui-même ne serait pas susceptible d'être annulé.

Car il n'y a pas une indivisibilité absolue entre les conventions ou les donations portées dans le contrat de mariage, et le mariage lui-même; les donations par contrat de mariage ont leurs conditions propres de validité; or, l'une de ces conditions, c'est que, au moment

où elles ont été consenties, le mineur fût habile à contracter mariage (comp. Riom, 22 juin 1853, Chora, Dev., 1854, II, 37; Cass., 23 déc. 1856, Métayer, Dev., 1857, I, 244; notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 8; Duranton, t. XI, n° 9; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 213).

M. Saintespès-Lescot nous semble donc n'être pas tout à fait d'accord avec lui-même, lorsque après avoir adopté la première solution (*supra*, n° 415), il refuse d'adopter la seconde, qui n'est qu'une déduction de la même règle (comp. t. I, n°s 171 et 172; *voy.* aussi Pont et Rodière, *du Contr. de mariage*, t. I, n° 38; Marcadé, art. 1398, n° 2; Troplong, *du Contr. de mariage*, t. I, n° 98).

Ce n'est pas d'ailleurs ici le lieu de nous arrêter sur l'article 1398, que nous retrouverons à sa place, et où nous reprendrons toutes ces questions.

417. — L'exception à la règle que le mineur ne peut aucunement donner entre-vifs, ne s'applique-t-elle qu'aux donations que le futur époux peut faire à son futur époux dans le contrat de mariage?

Ou, au contraire, s'applique-t-elle aussi aux donations que l'un des époux ferait à son époux pendant le mariage?

En d'autres termes, un mineur peut-il, pendant le mariage, faire des donations à son conjoint?

On pourrait, dans le sens de l'affirmative, raisonner ainsi :

1° L'article 903, après avoir posé la règle que le mineur ne pourra aucunement disposer, fait une exception relativement *à ce qui est réglé au chapitre* IX *du présent titre;*

Or, le chapitre IX du présent titre s'occupe des donations qui peuvent être faites, soit par les futurs époux dans leur contrat de mariage, soit par l'un des

époux à l'autre pendant le mariage (art. 1091, 1096, 1097);

Donc, l'exception faite par l'article 903 comprend également les unes et les autres.

2° Aussi, l'article 1096, qui réglemente les donations entre époux pendant le mariage, ne fait aucune distinction entre les époux mineurs et les époux majeurs.

3° C'est que, en effet, les donations entre époux pendant le mariage, étant toujours révocables, le législateur aura pu penser qu'elles n'offraient pas les mêmes dangers que les donations entre-vifs ordinaires, qui sont irrévocables, et qu'elles méritaient, d'ailleurs, à raison de la qualité respective des parties, d'être exceptionnellement autorisées (comp. Rousseau de la Combe, v° *Age*, n° 6; Delvincourt, t. II, p. 197, note 9; Vazeille, art. 904, n° 2; Saintespès-Lescot, t. I, n° 173).

Nous ne croyons pas que cette doctrine doive être admise; nous irons même plus loin que M. Duranton, qui se borne à dire qu'il *incline de préférence à la doctrine contraire, et uniquement à cause de la rigueur des principes concernant les formes d'après lesquelles on peut disposer à titre gratuit, en les combinant avec ceux qui régissent la capacité de disposer* (t. VIII, n° 184).

Notre avis est, en effet, que cette doctrine est tout à la fois contraire, soit aux textes mêmes de la loi, soit aux vrais principes :

1° Et d'abord, est-il exact de dire que le renvoi fait par l'article 903 *à ce qui est réglé au chapitre* IX *du présent titre*, s'applique à tous les articles compris dans ce chapitre IX ?

Nullement !

Et ce qui est certain, au contraire, suivant nous, c'est que ce renvoi de l'article 903 ne s'applique qu'à l'article 1095.

Une exception, en effet, se rapporte et correspond nécessairement à la même hypothèse, qui fait l'objet de la règle à laquelle elle déroge ;

Or, l'hypothèse, qui fait l'objet de la règle posée par l'article 903, c'est celle où il s'agit d'un mineur qui veut disposer;

Donc, l'exception à cette règle doit se rapporter à l'hypothèse d'un mineur, qui veut disposer.

Et comme, précisément, il n'y a dans le *chapitre* IX *du présent titre*, que l'article 1095, qui s'occupe du mineur, la conséquence en est que c'est seulement à cet article 1095 que s'applique le renvoi de l'article 903.

Aussi résulte-t-il de l'article 1095 lui-même, que les autres articles de ce chapitre IX ne s'occupent que des époux majeurs.

2° Les vrais principes du droit ne commandent, d'ailleurs, pas moins que le texte lui-même, la solution que nous défendons.

Grandes sont, en effet, les différences entre les donations que les futurs époux peuvent se faire par contrat de mariage, et les donations entre époux pendant le mariage; et le législateur avait, pour autoriser les mineurs à faire les unes, de puissants motifs, qu'il n'avait pas, au contraire, pour les autoriser à faire les autres!

Les donations par contrat de mariage, peuvent faciliter et encourager le mariage; tandis que la même faveur ne recommande pas les donations entre époux après le mariage célébré.

Pour les donations par contrat de mariage, le législateur a pu organiser, et il a, en effet, organisé un mode de protection et de garantie dans l'intérêt du futur époux mineur (*supra*, n° 413) ; tandis que cette organisation aurait été assez difficile à établir et aurait soulevé plus d'une objection très-sérieuse pendant la durée du mariage.

3° On objecte que les donations entre époux pendant le mariage, étant révocables, comme les testaments, il n'y a pas plus de raison de défendre à l'époux mineur de faire une donation à son conjoint que de lui défendre de faire un testament à son profit !

La réponse est facile :

Autre chose est une donation entre époux pendant le mariage, autre chose un testament ; la première est une vraie donation entre-vifs, qui se forme par le concours des deux volontés, par l'offre du donateur et par l'acceptation du donataire, et qui produit les effets de la donation entre-vifs, sous la condition résolutoire seulement de la faculté de révocation, qui appartient au donateur ; or, un tel acte est, certes, bien différent du testament ! car pour révoquer une donation entre-vifs, qui a été acceptée par le donataire, et qui lui a dès actuellement conféré un droit, il faut une fermeté d'esprit et une résolution de volonté bien plus grande que pour révoquer un simple testament, qui n'est l'œuvre que de la seule volonté du testateur ! (voy. *Rev. crit. de jurisprud.*, 1852.)

Mais ce n'est pas tout encore ! si, en effet, l'article 903 autorisait l'époux mineur à disposer entre-vifs au profit de son époux pendant le mariage, aussi bien que par son contrat de mariage, il en résulterait qu'il pourrait aussi disposer, sans aucune limite de quotité, de la totalité de ses biens ! car, par contrat de mariage, il le peut faire ainsi, comme le pourrait un majeur (art. 1095) ; or, une telle conséquence est évidemment impossible ; et puisque la doctrine, que nous combattons, se fonde sur une assimilation, d'ailleurs très-fautive, entre le testament et la donation entre époux pendant le mariage, elle devrait, au moins, décider que l'époux mineur ne pourrait donner

pendant le mariage à son époux, que lorsqu'il serait parvenu à l'âge de seize ans, et seulement jusqu'à concurrence de la moitié des biens, dont la loi permet au majeur de disposer (art. 904). Mais cette concession elle-même ne la sauverait pas encore ; car c'est seulement par testament, que le mineur âgé de plus de seize ans peut disposer dans cette mesure ; or, nous venons de prouver, et nous reconnaîtrons encore plus tard que la donation entre époux pendant le mariage ne saurait être confondue avec le testament (comp. Paris, 11 déc. 1812, Lerebours, Sirey, 1813, II, 52 ; Paris, 10 nov. 1820, Rouvel, Sirey, 1824, II, 196 ; Limoges, 15 janv. 1822, Claux, Sirey, 1822, II, 196 ; Caen, 18 août 1838, Guillonnet, D., 1839, II, 49 ; Cass., 12 avril 1843, Burdelot, Dev., 1843, I, 273 ; Grenier, t. II, n° 461, et de Fréminville sur Grenier, *h. l.*, note *a ;* Toullier, t. IV, n° 925 ; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 60, note *a ;* Coin-Delisle, art. 904, n° 16 ; Marcadé, art. 904 ; Poujol, art. 1094, n° 4 ; Troplong, t. II, n° 587 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 276 *bis*, III ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 31 ; Aubry et Rau, t. V, p. 427, et t. VI, p. 289 ; D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et testam.*, n°s 281, 282).

418. — B. Le mineur, parvenu à l'âge de seize ans, entre dans la seconde période, qui est régie par l'article 904.

Mais aucun changement ne s'opère, en ce qui concerne son incapacité de disposer par donation entre-vifs, qui demeure toujours absolue, sauf l'unique exception que nous venons de voir relativement aux donations qu'il peut faire à son futur époux par contrat de mariage.

Et, fût-il émancipé, il ne pourrait faire aucune autre donation, même avec l'assistance de son curateur (*supra*, n° 410 ; art. 481, 482, 903, 904).

La donation entre-vifs transmettant au donataire un droit actuel et irrévocable, le législateur a pensé, fort justement, qu'elle devait être interdite au mineur pendant toute la durée de sa minorité, et qu'il y aurait de la contradiction à lui permettre d'aliéner à titre gratuit, *lorsqu'il ne peut faire même à titre onéreux, l'aliénation de la moindre partie de ses biens* (Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 363).

Telles étaient aussi déjà, relativement à la donation entre-vifs, les traditions anciennes (comp. L. 163, ff. *De reg. juris;* L. 8, Cod. *De prædiis minorum*).

419. — Mais, au contraire, en ce qui concerne le testament, les législations antérieures avaient beaucoup plus avancé l'âge de la capacité.

On sait qu'à Rome, cet âge était celui de la puberté, c'est-à-dire que les femmes à douze ans, et les hommes à quatorze ans étaient capables de tester (*Inst.*, lib. II, titre XII, § 1 ; L. 5, ff. *Qui testam. fac. poss.*).

Plusieurs pays de droit écrit avaient maintenu cette disposition; et c'est même à ce propos que Guy-Coquille leur reprochait de s'être montrés *trop grands sectateurs et imitateurs du droit romain!* (sur l'article 1 du chap. XXXIII *des Testaments* de la Cout. de Nivernais).

C'était là, en effet, une capacité prématurée et périlleuse.

Aussi la plupart des coutumes avaient-elles réglé autrement l'âge, auquel le mineur serait capable de disposer par testament; ce qu'elles avaient fait d'ailleurs, comme en tous les autres sujets, très-diversement : les unes, en le fixant à dix-huit ans, comme celle de Berry (art. 1, *des Testaments*); les autres, en le fixant à vingt ans, comme celle de Paris (art. 293) et d'Orléans (art. 239); et encore, y avait-il des distinctions entre les différentes espèces de biens, eu égard

à leur origine et à leur nature. C'est ainsi qu'il fallait être plus âgé pour tester de ses propres que pour tester de ses acquêts; pour tester de ses immeubles que pour tester de ses meubles (Cout. de Poitiers, art. 216; Cout. de Normandie, art. 399, 400; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. I, § 1, n° 3).

420. — Le législateur de notre Code a fait disparaître ces diversités, en décidant que le mineur ne pourrait disposer par testament que lorsqu'il serait parvenu à l'âge de seize ans, et que, même à cet âge, il ne pourrait disposer que jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer (art. 904).

Refuser au mineur, âgé de plus de seize ans, et durant tout l'intervalle qui sépare la seizième année de la vingt et unième, lui refuser absolument le droit de faire une disposition testamentaire quelconque, cela eût été bien rigoureux! ne se peut-il pas, en effet, qu'il éprouve le désir d'acquitter une dette de reconnaissance, ou de pieuse tendresse, ou de laisser un dernier gage d'amitié! et ce désir, ce vœu de son cœur ne peut-il pas être très-légitime et très-respectable?

Assurément!

On a considéré d'ailleurs que le testament n'offrait pas les mêmes dangers que la donation entre-vifs; que non-seulement, il est révocable; mais qu'il est fait en vue de la mort, et que la pensée suprême qui l'inspire et qui l'accompagne, était de nature à tempérer la légèreté de l'âge; d'autant plus que, lorsqu'il arrive qu'à cet âge, où l'avenir paraît si éloigné et si plein de perspectives, on songe à faire son testament, c'est le plus souvent que la maladie ou les infirmités ont déjà brisé les espérances et les illusions de la jeunesse! c'est que la mort est menaçante et qu'il n'est point possible de différer!

Ajoutons enfin que le législateur a pourvu aux dangers de cette capacité, en bornant le disponible du mineur à la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer.

421. — Et cette limite s'applique à toutes les dispositions que le mineur peut faire par testament, sans qu'il y ait lieu de distinguer au profit de qui ces dispositions ont été faites : d'un étranger, d'un parent, d'un ascendant ou d'un enfant, ou de son conjoint.

Le texte de l'article 904 est absolu.

On a prétendu, il est vrai, que la quotité disponible entre époux étant réglée par l'article 1094, sans distinction entre les époux mineurs et les époux majeurs, c'était toujours l'article 1094 qui était applicable, soit que l'époux disposant fût majeur, soit même qu'il fût mineur (comp. Saintespès-Lescot, t. I, n° 178).

Mais nous avons déjà constaté, au contraire, que, dans le chapitre IX de notre titre, l'article 1095 était le seul qui s'occupât du mineur, et qui fît, en ce qui le concerne, une exception aux articles 903 et 904 sur l'incapacité du mineur de disposer à titre gratuit (*supra*, n° 417); il faut donc reconnaître que la quotité disponible de l'époux mineur envers son époux est réglée, comme envers tout autre, par l'article 904 et non point par l'article 1094 (comp. Paris, 12 déc. 1812, Lerebourg, Sirey, 1813, II, 52; Limoges, 15 janv. 1822, Claux, Sirey, 1822, II, 196; Caen, 18 août 1838, Guillonnet, D., 1839, II, 49; Toullier, t. III, n° 925; Duranton, t. VIII, n° 187; Grenier, t. I, n° 461; Troplong, t. II, n° 590; Coin-Delisle, art. 904, n° 7; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 127).

422. — La quotité de biens, dont le mineur âgé de plus de seize ans, peut disposer par testament, étant de *la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer*, il est facile de la déterminer.

Si le mineur ne laisse ni enfants ni ascendants, mais seulement des collatéraux, il peut disposer de la moitié de ses biens (art. 916).

Si, n'ayant pas d'enfants, il laisse des ascendants dans les deux lignes, il peut disposer du quart.

Si, dans la même hypothèse, il ne laisse d'ascendants que dans une ligne, il peut disposer des trois huitièmes (art. 915).

Enfin, (ce qui sera plus rare, mais ce qui n'est pourtant pas impossible), le mineur laisse-t-il un ou plusieurs enfants légitimes? sa quotité disponible est du quart de ses biens, s'il en laisse un; du sixième, s'il en laisse deux; du huitième, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre (art. 913).

423. — Il y a donc lieu, pour la détermination de la quotité de biens dont le mineur a pu disposer, de tenir compte de la qualité et du nombre des héritiers qu'il a laissés.

Mais alors on peut demander quel est le caractère de la règle décrétée par notre article 904?

Si c'est une règle de capacité personnelle?

Ou, au contraire, une règle de disponibilité réelle?

La différence est grande entre ces deux ordres de règles; et il faut se garder de confondre les principes, qui régissent la capacité personnelle de disposer, avec les principes qui régissent la quotité disponible et la réserve.

Par exemple, nous verrons bientôt que, pour apprécier si le testateur a été capable personnellement de disposer, c'est au moment de la confection du testament qu'il faut s'attacher; de sorte que si le testateur a été incapable à ce moment-là, son testament est nul et restera toujours nul, lors même qu'il serait décédé ensuite en état de capacité.

Tandis que, pour apprécier la quotité de biens dont

le testateur a pu disposer, il ne faut considérer que le moment de son décès; de sorte que, lors même que, au moment de la confection du testament, il n'aurait pu disposer, en raison de la qualité de ses héritiers présomptifs, que d'une certaine portion de ses biens, il se peut que le testament par lequel il aurait disposé d'une portion plus forte, reçoive son entière exécution, si, au moment de sa mort, ses héritiers ne sont plus les mêmes; comme aussi, en sens inverse, la disposition qui, au moment du testament, et d'après la qualité des héritiers présomptifs, n'excédait pas sa quotité disponible, peut se trouver excessive au moment du décès, d'après la qualité de ses héritiers (art. 920).

Il est donc important de savoir si, en effet, notre article 904 décide une question de capacité personnelle, ou une question de quotité disponible.

424. — La réponse d'ailleurs ne saurait être douteuse; et c'est certainement une règle de capacité personnelle, qui se trouve dans l'article 904.

La preuve en résulte d'abord de la place même que cet article occupe dans le chapitre II de notre titre, qui règle *la capacité de disposer;* et le motif, sur lequel il est fondé, à savoir : l'inexpérience du mineur, l'imperfection de son jugement, prouve bien aussi que c'est dans sa personne que réside le principe de cette restriction, et que c'est le mineur lui-même que le législateur a voulu principalement protéger (*supra*, n° 406).

Très-différent est le principe sur lequel est fondée la réserve, qui dérive de certains devoirs, dont le défunt était tenu envers les héritiers auxquels le législateur l'attribue, et qui est établie, en effet, dans l'intérêt des héritiers réservataires!

On pourrait, il est vrai, dire que l'article 904 a pour but aussi de protéger l'intérêt des héritiers légitimes,

en ce sens que le législateur n'a pas voulu qu'un héritier quelconque fût privé de plus de la moitié de sa part héréditaire par l'effet des dispositions d'un mineur, dont la raison n'est pas encore assez mûre pour qu'on lui accorde le droit de prononcer une exhérédation complète.

Et cet aperçu, en effet, ne manquerait pas d'une certaine exactitude; mais il deviendrait tout à fait faux, si l'on prétendait en induire que l'article 904 est fondé sur des considérations relatives aux héritiers eux-mêmes, et qu'il aurait spécialement pour but de garantir leurs droits.

La vérité est, au contraire, que cet article repose sur des considérations déduites de la personne du mineur, et qu'il est indépendant de la qualité des héritiers que le mineur peut laisser.

D'où il suit que la portion, dont le mineur n'a pas pu disposer, en raison de son incapacité personnelle, demeure purement et simplement dans sa succession ab intestat, pour être dévolue, suivant le droit commun des successions, à ses héritiers, quels qu'ils soient, descendants, ascendants, ou collatéraux, et que l'État lui-même la recueillerait, à défaut de tout autre successeur (comp. Coin-Delisle, art. 904, n° 12).

425. — Nous devons en déduire aussi cette conséquence que, pour apprécier la capacité personnelle du mineur, c'est au moment de la confection de son testament qu'il faudra s'attacher.

De même, en effet, que le testament fait par un mineur au-dessous de seize ans ne devient pas valable, lors même que le testateur décéderait après sa majorité; de même le testament fait par un mineur au-dessus de seize ans, de tout ce dont la loi lui permet de disposer ne peut comprendre que la moitié des biens, dont il aurait pu disposer comme majeur, lors même qu'il dé-

céderait après avoir atteint sa majorité ; car le mineur est, dans l'un comme dans l'autre cas, incapable de disposer ; avec cette seule différence : que, dans le premier cas, son incapacité s'étend à tous ses biens, et que, dans le second cas, elle ne s'étend qu'à la moitié ; mais le principe de l'incapacité n'en est pas moins toujours le même (comp. Grenoble, 7 juill. 1811, Condy, Sirey, 1813, II, 4; Lyon, 27 août 1818, et Cass., 30 août 1820, Tricaud de la Goutte, Sirey, 1820, I, 442 ; Bruxelles, 3 fév. 1829, Delabarre, D., *Rec. alph. h. v.*, n° 286 ; Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, t. XVII, sect. I, § 6, n° 1 ; Delvincourt, t. II, p. 61, note 4 ; Duranton, t. VIII, n°s 175 et 188 ; Vazeille, art. 903, n° 2 ; Demante, t. IV, n° 22 *bis*, III ; Saintespès-Lescot, t. I, n° 179 ; Coin-Delisle, art. 904, n° 11 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. IV, n° 583, note *a* ; Troplong, t. II, n° 591 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 31).

426. — Nous croyons que l'on doit encore en conclure que la portion de biens, dont le mineur peut disposer, eu égard à la qualité des héritiers, qu'il laisse, demeure invariablement la même, sans que les renonciations ou les exclusions pour cause d'indignité puissent avoir pour résultat de la changer.

Et cela, lors même que tous les héritiers réservataires, que le mineur aurait laissés, viendraient à renoncer ou à être déclarés indignes.

Il est vrai, que, en cas pareil, il n'y a plus de réserve; et que, par exemple, si un majeur, laissant pour héritiers des enfants, et n'ayant, après eux, que des parents collatéraux, avait disposé de la totalité de ses biens, la renonciation de ses enfants à sa succession aurait pour résultat de rendre toute sa succession disponible, sans que ses héritiers collatéraux eussent le droit d'exercer aucune action en réduction contre le légataire.

Et telle est, en effet, l'objection qui a entraîné dans l'opinion contraire le savant annotateur de Grenier (t. IV, n° 583, note *a ;* comp. aussi Ragon, *Théorie de la rétention et de l'imputation*, etc., t. II, n° 295).

Mais la réponse est que précisément, il ne s'agit pas ici de réserve ! il s'agit de capacité personnelle et d'apprécier si *la volonté créatrice du testament*, pour nous servir des expressions mêmes de M. Bayle-Mouillard (*loc. supra*), a existé légalement à l'époque même de sa confection. Or, c'est eu égard à la portion de biens dont le mineur aurait pu disposer, s'il eût été majeur, que la loi règle sa capacité personnelle; et elle la règle, d'une manière absolue, d'après cette base, indépendamment de la qualité des héritiers, qui viennent à sa succession (comp. *infra*, n°s 428 et 434 ; Bourges, 21 août 1839, Houdaille, Dev., 1839, II, 529 ; Coin-Delisle, art. 913, 914, n° 16 ; Troplong, t. III, n° 824; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 605).

427. — Faut-il déduire de notre principe cette autre conséquence que le legs fait par un mineur âgé de plus de seize ans, de tous les biens dont la loi lui permet de disposer, est un legs universel, qui opère, au profit du légataire, la saisine et tous les autres avantages du legs universel?

On peut dire, pour l'affirmative, que l'article 904 se bornant à limiter la capacité personnelle du mineur, n'a pas établi une réserve spéciale au profit de ses héritiers ; et que, par conséquent, si ceux-ci ne sont pas, d'ailleurs, du nombre des héritiers, auxquels une quotité des biens du défunt est réservée par la loi, ils ne peuvent pas invoquer l'article 1004 ni prétendre qu'ils ont, à l'exclusion du légataire universel, la saisine légale de la succession (comp. Poitiers, 22 janvier 1828, Martineau, Sirey, 1830, II, 90 ; Coin-Delisle, art. 904, n° 14 ; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 117.

note *a;* D., *Rec. alph.*, v° *Dispositions entre-vifs et testaments,* n° 288 ; ajout. Cass., 25 juin 1834, Maraval, D., *loc. supra cit.*, n° 289; Amiens, 8 mars 1860, Douilly, Dev., 1860, II, 16; les *Observations* de M. Dutruc, *h. l.;* D., 1860, II, 206 ; *J. du P.*, 1860, p. 1091, les *Observations* de M. Labbé).

Cette déduction nous paraîtrait toutefois contestable.

Le legs universel est celui par lequel le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès (art. 1003) ; cette définition implique que le testateur a donné et a pu donner, en effet, légalement, l'universalité de ses biens; et le mineur, même parvenu à l'âge de seize ans, n'a pu donner, au contraire, qu'une portion de cette universalité ; or, se peut-il que le législateur admette la validité d'une disposition universelle de la part de celui auquel il ne permet de faire qu'une disposition à titre universel ?

N'est-ce pas le cas de dire, avec la Cour de Bourges, que: « la succession d'un défunt se compose de tout ce dont il n'a pas disposé ou de tout ce dont il n'a pas pu légalement disposer. » (21 août 1839, Houdaille, Dev., 1839, II, 529 ; comp. Bordeaux, 20 mars, 1834, Rabier, D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et test.*, n° 287.)

427 *bis.* — Pareillement on peut mettre en question si l'article 917 serait applicable à une disposition testamentaire, en usufruit ou en rente viagère, qui aurait été faite par un mineur ; c'est-à-dire si les héritiers ab intestat auraient l'option ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible.

Pour l'affirmative, on peut dire que la situation est, dans les deux cas, la même; que le legislateur, en ac-

cordant cette option aux héritiers réservataires, a voulu prévenir des estimations toujours incertaines et arbitraires ; et que le légataire ne peut avoir aucun sujet de se plaindre, dès que finalement il obtient, en pleine propriété, le *maximum* de ce dont le testateur pouvait disposer ; or, ce double motif s'applique à l'hypothèse de l'article 904 aussi bien qu'à celle où la disponibilité n'est restreinte que par la présence d'héritiers réservataires.

Cette déduction pourtant ne serait pas non plus, à notre avis, sans réplique.

C'est une disposition, à certains égards, exorbitante que cet article 917, qui autorise les héritiers réservataires à dénaturer la libéralité qui a été faite par leur auteur, et à transformer un droit d'usufruit sur une portion ou sur le tout en un droit de propriété sur la quotité disponible ; mais enfin le législateur a cru devoir accorder ce droit aux héritiers réservataires, parce que leur réserve doit toujours être intacte, et qu'il ne permet pas qu'on la grève, à leur préjudice, d'une charge quelconque.

Mais telle n'est pas l'hypothèse de l'article 904 ; il ne s'agit pas alors de l'intérêt des héritiers, auxquels une certaine portion intacte de pleine propriété devrait être laissée par le mineur ; non pas ! l'article 904 est fondé sur l'intérêt du mineur lui-même ; or, ne suffit-il pas, en ce qui concerne les héritiers, qu'ils trouvent dans la succession, en valeurs quelconques, la portion de biens, dont le mineur, en raison de sa minorité, n'a pas pu disposer ? et la disposition telle que le mineur l'a faite et a voulu la faire, en usufruit ou en rente viagère, ne doit-elle pas être exécutée, sauf le droit des héritiers de la faire réduire, s'ils prétendent qu'elle excède la quotité dont le mineur a pu disposer ? (comp. Duranton, t. VI, n° 327, et t. IX, n° 195 ; Poujol,

art. 1006, n° 10 ; D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et testam.*, n° 795).

428. — L'article 904 règle donc, disons-nous, une question de capacité personnelle ; et nous venons de déduire de ce principe les conséquences qui en dérivent.

Mais il faut ajouter que, en même temps que l'article 904 règle la capacité personnelle du mineur, il la règle d'après le principe de la réserve et de la quotité disponible, en ce sens que, pour déterminer la quotité de biens dont le mineur aura été capable de disposer, il faudra considérer la quotité de biens dont il aurait pu disposer, s'il eût été majeur.

Or, il est clair que, à cet effet, il y a lieu d'appliquer quelques-uns des principes, qui régissent la quotité disponible et la réserve.

C'est ainsi que la fixation de cette moitié des biens, dont le mineur aura pu disposer, à l'époque de la confection de son testament, ne pourra se faire qu'à l'époque de son décès, et qu'elle devra se faire : 1° suivant la loi alors existante ; 2° eu égard à la qualité des héritiers, qu'il aura laissés à cette époque (art. 920, 921).

De sorte qu'il faudra apprécier la quotité de biens dont il aura été capable de disposer au moment de la confection de son testament, non pas d'après ce que cette quotité aurait été s'il fût mort immédiatement, mais bien d'après ce qu'elle se trouvera être à l'époque de sa mort.

Et si, par exemple, à l'époque de la confection de son testament, le mineur avait son père et sa mère et des collatéraux, et que, au contraire, à l'époque de sa mort, son père et sa mère étant prédécédés, il ne laissât pour héritiers que des collatéraux, la quotité, dont il aurait pu disposer à l'époque de la confection de son testament, ne serait pas seulement de la moitié

de la moitié, c'est-à-dire du quart; elle serait de la moitié du tout (comp. *supra*, n° 422; Demante, t. IV, n° 22 *bis*, III).

429. — De même, si le mineur a disposé au delà de la quotité fixée par l'article 904, la disposition ne sera pas nulle, mais sera seulement réductible, comme sont seulement réductibles les dispositions, qui excèdent la quotité disponible (arg. des articles 904, 920, 921; comp. Turin, 30 août 1809, Ricolfi, Sirey, 1810, II, 204; Duranton, t. VIII, n°s 189, 190; Saintespès-Lescot, t. I, n° 179; Troplong, t. II, n° 591; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 31).

430. — Et par suite, la réduction de cette disposition excessive, faite par le mineur, devra avoir lieu conformément aux principes, qui régissent la réduction des dispositions, qui excèdent la quotité disponible.

Et c'est ainsi notamment qu'elle devra avoir lieu sur chacune des dispositions au marc le franc (arg. des articles 904, 926, 927; comp. Orléans, 7 août 1848, Boscheron, Dev., 1851, II, 408, 409; Duranton, Troplong, Massé et Vergé, *loc. supra cit.*).

430 *bis*. — De ce que nous venons de dire, il résulte qu'il y a ici une sorte de mélange des principes de la capacité personnelle et des principes de l'indisponibilité réelle.

Nous croyons qu'il n'est pas, en général, difficile de les discerner pour faire à chacun d'eux sa part légitime d'application.

Et, toutefois, ce caractère mixte de la règle posée dans l'article 904, a fait naître une controverse assez sérieuse.

La question s'est élevée de savoir d'abord quelle sera la quotité disponible du mineur et, ensuite, de quelle manière devra être partagée, entre ses héritiers, la quotité disponible, lorsqu'il aura laissé des ascen-

dants dans une ligne, et des collatéraux autres que des frères et sœurs ou descendants d'eux, dans l'autre ligne.

Voilà, par exemple, un mineur âgé de dix-huit ans qui décède laissant sa mère et un cousin paternel pour héritiers.

Il a fait un testament, par lequel il a légué tout ce dont la loi lui permet de disposer.

Et on trouve quatre mille francs nets dans sa succession.

Il s'agit de savoir :

1° De quelle somme il a pu disposer ;

2° De quelle manière devra être fait, entre la mère et le cousin, le partage de la somme, dont il n'a pas pu disposer.

431. — Afin de résoudre convenablement cette difficulté, il importe de distinguer deux hypothèses :

A. Celle où le legs de tout ce dont il pouvait disposer, a été fait par le mineur à tout autre qu'à sa mère ;

B. Celle où le legs a été fait par lui à sa mère elle-même par préciput.

432. — A. Dans cette première hypothèse, on s'accorde d'abord sur la fixation de la portion disponible.

Un majeur, qui laisse sa mère et un cousin paternel, pourrait disposer des trois quarts ; et, par conséquent, un mineur, dans la même situation de famille, pourra disposer de la moitié des trois quarts ou des trois huitièmes.

Mais comment sera faite, entre la mère et le cousin paternel, la répartition des cinq huitièmes restants ?

C'est ici que les opinions se divisent ; et deux systèmes principaux se trouvent en présence :

I. D'après le premier système, cette répartition de-

vrait être faite inégalement, et de la manière que voici :

La mère prélèverait d'abord sa réserve; et la portion de quotité disponible, dont le défunt mineur a été incapable de disposer, devrait être ensuite répartie entre la mère et le cousin dans la proportion de ce que chacun d'eux aurait pris ab intestat dans la quotité disponible entière :

1° Il est, dit-on, rationnel que celui des héritiers qui, seul, par sa présence, est cause de la restriction, que la loi a apportée à la quotité disponible du défunt, profite seul aussi de cette restriction, qui n'existerait pas sans lui;

Or, c'est la mère, qui seule, par sa présence, fait que le testateur, au lieu de pouvoir disposer de la moitié du tout, n'a pu disposer que de la moitié des trois quarts; si, en effet, la mère n'eût pas existé, le testateur mineur aurait pu, au préjudice du cousin paternel, disposer de la moitié du tout;

Donc, l'augmentation de la quotité indisponible n'a lieu qu'à cause de la mère; et par suite, c'est la mère seule qui doit profiter de cette augmentation; car on ne voit pas pourquoi l'héritier collatéral pourrait prétendre à une part plus forte, en raison de la présence de la mère!

2° Objectera-t-on que si le défunt, majeur et capable de disposer des trois quarts, n'avait disposé que d'une quotité moindre, par exemple, seulement de la moitié de ces trois quarts ou des trois huitièmes, il y aurait eu lieu au partage égal entre les deux lignes des cinq autres huitièmes restant dans la succession (art. 753), et qu'il n'importe pas que ces cinq huitièmes restant dans la succession s'y trouvent, parce que le défunt n'en a pas disposé, ou qu'ils s'y trouvent, parce qu'il n'a pas été capable d'en disposer!

A cette objection, ce premier système répond qu'il y a, au contraire, entre ces deux cas, une différence :

Lorsque c'est le défunt lui-même, qui, par sa volonté, a borné à trois huitièmes la disposition, qu'il aurait pu faire des trois quarts, rien ne prouve qu'il l'a fait plutôt en considération de ses héritiers à réserve qu'en considération de ses autres héritiers; mais quand le législateur, qui, en principe, permet au mineur de disposer de la moitié de tous ses biens, borne cette faculté à la moitié du disponible, uniquement parce qu'il y a des héritiers à réserve, il est tout naturel de croire qu'il ne l'a fait qu'en vue de ces héritiers et pour les en faire profiter (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Réserve*, § 2, n° 12; Delvincourt, t. II, p. 61, note 4; Levasseur, *de la Quotité disponible*, n° 55; Poujol, art. 915, n° 10; Demante, t. IV, n° 22 *bis*, IV; *voy.* aussi les *considérants* de l'arrêt de la Cour d'Aix du 9 juill. 1838, Malosse, Dev., 1838, II, 505).

II. Le second système, au contraire, décide que la portion indisponible tout entière, c'est-à-dire, dans notre hypothèse, les cinq huitièmes devront être partagés également entre la mère et le cousin; et telle est aussi la solution, qui nous paraît la seule juridique :

1° En effet, aux termes de l'article 733, toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux se divise en deux parts égales : l'une, pour les parents de la ligne paternelle; l'autre, pour les parents de la ligne maternelle;

Or, de quoi s'agit-il ici? d'une succession échue à la mère, dans une ligne, et à un cousin paternel dan l'autre ligne;

Donc, d'après l'article 733, elle doit se diviser entre eux en deux parts égales (sauf seulement le droit pour la mère à l'usufruit de ceux des biens, auxquels elle ne succédera pas en propriété (art. 754; *infra*, n° 437).

Ce syllogisme nous paraît péremptoire.

2° On y oppose toutefois l'article 904; et l'on dit que puisque c'est seulement dans l'intérêt de la mère, que la portion disponible du mineur a été restreinte, c'est seulement la mère qui doit profiter de cette restriction.

Mais c'est là, suivant nous, dénaturer profondément le caractère de l'article 904, et en violer le texte même.

Ce que renferme l'article 904, ce n'est pas une règle de disponibilité réelle; c'est une règle de capacité personnelle; et, comme nous l'avons dit (*supra*, n° 430 *bis*), s'il est vrai que cet article détermine la capacité personnelle du mineur, eu égard à la quotité des biens dont il pourrait disposer, s'il était majeur, c'est uniquement sa capacité personnelle de disposer qu'il détermine; et il n'a pas pour objet de modifier les règles du droit commun sur la réserve et la quotité disponible, ni d'augmenter la réserve des ascendants en proportion de la diminution que subit la capacité personnelle de disposer du mineur.

D'où il suit que la portion, dont le mineur a été capable de disposer, étant une fois fixée, la portion, dont il a été incapable de disposer, forme la succession ab intestat, qui doit être régie, en effet, par le droit commun sur la dévolution et le partage de la succession ab intestat.

Aussi l'article 904 ne s'en occupe-t-il en aucune manière! ce que deviendra la portion indisponible du mineur, il ne l'a pas dit! et il n'avait nul besoin de le dire! sa succession deviendra, pour cette portion indisponible, ce qu'elle deviendrait pour le tout, si le mineur n'avait aucunement disposé; et de même que sa succession tout entière serait partagée en deux parts égales, entre la mère et le cousin, si le mineur n'avait pas fait de testament, de même la partie indisponible

de sa succession se partagera, entre eux, en deux parts égales; on appliquera à la partie la même règle qu'on aurait appliquée au tout!

La doctrine contraire repose sur cette idée que, dans l'article 904, le législateur aurait réglé la quotité disponible du mineur d'une manière distributive, et eu égard aux droits respectifs de ses différents héritiers; or, cette idée est contraire au texte même de cet article, dont les termes absolus résistent à toute distinction de ce genre. Il est vrai que l'héritier ordinaire profite ainsi de la présence de l'héritier à réserve, et que la portion indisponible se trouve être, pour lui aussi, plus forte que s'il n'avait été en concours qu'avec un autre héritier ordinaire; nous convenons que ce résultat peut paraître singulier, et qu'il serait permis peut-être de croire qu'en rédigeant cette formule de l'article 904, le législateur n'en aurait pas exactement prévu les conséquences; mais il ne nous en paraît pas moins certain que ces conséquences en dérivent nécessairement.

3° Enfin, le système, que nous combattons, ne viole pas moins l'article 915 que l'article 753.

En effet, aux termes de l'article 915, second alinéa, l'ascendant ne peut réclamer sa réserve à part, que dans le cas où un partage égal avec les collatéraux ne lui donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée; et cela est, en effet, très-juridique; la réserve! mais ce n'est qu'une portion réservée de la succession ab intestat; et il n'y a pas lieu de parler de réserve, lorsque cette portion est intacte, et au delà, dans la succession elle-même;

Or, dans notre hypothèse, le partage égal entre la mère et le cousin, de la portion, dont le mineur n'a pas pu disposer, donne à la mère, et au delà, la quotité de biens, à laquelle sa réserve est fixée;

Donc, il est impossible, d'après les articles 753 et 915, qu'elle réclame cette réserve à part et par le prélèvement (comp. Angers, 16 juin 1825, Bruneau, Dev., 1826, II, 97 ; Toullier, t. III, n° 117; et Duvergier, *h. l.*, note *a* ; Grenier, t. IV, n°s 578 et 583 *bis* et *ter;* et Bayle-Mouilard. *h. l.*, note *a;* Duranton, t. VIII, n°s 191 et suiv. ; D., *Rec.*, *alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et test.*, p. 441, n° 20; Coin-Delisle, art. 915, n° 161 ; Marcadé, art. 916, n° 2; Troplong, t. II, n° 819; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 605; Massé et Vergé, t. III, p. 155).

433. — Le dernier argument, que nous venons de fournir, prouve en même temps que la solution devrait être différente dans le cas où un partage égal entre la mère et l'héritier collatéral ne donnerait pas à la mère la réserve à laquelle elle a droit.

C'est, par exemple, un mineur, qui a laissé ses père et mère et des frères et sœurs.

Il a légué à un tiers tout ce dont la loi lui permet de disposer; et sa succession est de 20 000 francs.

Majeur, il aurait pu disposer de la moitié, ou de 10 000 francs, puisque la réserve de ses père et mère est de moitié, ou de 10 000 francs.

Mineur, il n'a pu disposer que de la moitié de la moitié, ou de 5000 francs.

Restent donc 15 000 francs.

Si nous faisions ici le partage égal, entre les père et mère et les frères et sœurs, conformément à l'article 748, comme nous avons fait tout à l'heure le partage égal entre la mère et le cousin paternel, conformément à l'article 753, qu'arriverait-il? Que les père et mère, au lieu d'avoir 10 000 francs, montant de leur réserve, n'auraient, au contraire, que 7500 francs.

Or, précisément, l'article 915 s'oppose à ce résultat; et il autorise alors les père et mère à réclamer leur ré-

serve entière; chacun d'eux aura donc 5000 francs; et les frères et sœurs n'auront ensemble que 5000 francs (comp. Coin-Delisle, art. 915, n° 17; Troplong, t. II, n° 820).

434. — Ajoutons que la solution, que nous avons présentée sur la première de nos deux hypothèses (*supra*, n° 432), prouve elle-même, de plus en plus, qu'on ne saurait admettre que la renonciation de l'héritier à réserve puisse changer, au préjudice de l'héritier ordinaire, la portion indisponible du mineur.

« Attendu, dit fort justement la Cour de Bourges, que s'il en était autrement, il serait libre à l'héritier à réserve de frustrer l'autre ligne au profit du légataire. » (21 août 1839, Houdaille, Dev., 1839, II, 529).

Comment se pourrait-il, en effet, que la portion indisponible du mineur étant une fois fixée, à l'époque de son décès, à la moitié des trois quarts, parce qu'il a laissé pour héritiers sa mère et un cousin paternel, comment, disons-nous, se pourrait-il que cette portion fixée dans l'égal et commun intérêt des deux héritiers, l'un d'eux eût, par son fait, le pouvoir de la diminuer au préjudice de l'autre! (*supra*, n° 426; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 155).

435. B. — Nous voici maintenant à la seconde hypothèse.

Le mineur, âgé de plus de seize ans, au lieu de léguer à un étranger sa quotité disponible, l'a léguée à sa mère elle-même par préciput.

Il laisse, en même temps que sa mère, un cousin paternel.

Et sa succession est de 4000 francs. (*Supra*, n° 430 *bis*.)

Cette seconde hypothèse est, à notre avis, délicate et difficile.

La controverse s'est élevée en effet, ici, tout d'abord

sur le point de savoir quelle était la quotité de biens dont le mineur avait pu disposer au profit de sa mère.

Et deux systèmes tout à fait opposés sont toujours en présence :

I. Le premier, reproduisant le même argument, que nous avons fait dans la première hypothèse, raisonne ainsi :

Si ce mineur eût été majeur, il n'aurait pu, ayant sa mère et un cousin paternel, disposer que des trois quarts de ses biens, ou de 3000 francs sur 4000.

Il n'a donc pu, étant mineur, disposer que de la moitié des trois quarts, ou de 1500 francs.

Voilà le préciput de la mère.

Restent 2500 francs qui forment la succession ab intestat indisponible du mineur, et qui doivent, conformément à l'article 753, être partagés également entre la mère et le cousin; ce qui donnera à chacun d'eux, 1250 francs.

Ces 1250 francs et les 1500 francs, quotité disponible, qui lui a été léguée par préciput, formeront ensemble la somme de 2750 francs, qui reviendra, en tout, à la mère.

Et le cousin paternel aura 1250 francs pour sa moitié dans la succession ab intestat :

1° En effet, il a été prouvé que l'article 904 détermine la quotité disponible du mineur, non pas d'une manière distributive, mais, au contraire, d'une manière absolue, et que la quotité indisponible doit, ensuite, aux termes de l'article 753, se partager également entre tous les héritiers (*supra*, n° 432).

Or, cet article 904 ne fait aucune distinction entre le cas où le mineur a disposé au profit d'un étranger ou d'un héritier ordinaire, et le cas où il a disposé au profit d'un héritier à réserve; il constitue une disposi-

tion unique, qui doit être nécessairement appliquée de la même manière dans tous les cas.

D'autant plus que l'héritier, donataire ou légataire par préciput, ne saurait avoir, en cette qualité, plus de droits qu'un donataire ou un légataire étranger (comp. art. 866, 919, 924).

2° On peut prétendre sans doute que l'héritier ordinaire ne doit jamais profiter de l'augmentation de la quotité indisponible, qui résulte de la présence de l'héritier à réserve; et telle est la doctrine, en effet, que plusieurs jurisconsultes ont soutenue (*supra*, n° 432); mais alors il faut, pour être conséquent, l'appliquer dans tous les cas, et décider, dans la première hypothèse, que lors même que le mineur a légué sa quotité disponible à un étranger, la mère a le droit de prélever sa réserve sur la quotité indisponible; on pourra alors, et même on devra, dans la seconde hypothèse, lorsque le mineur a légué sa quotité disponible à sa mère par préciput, décider que la quotité disponible du mineur sera de la moitié de ses biens, sans déduction de la réserve de la mère; et cette solution est effectivement appliquée aux deux hypothèses, par les partisans de la doctrine exposée plus haut (n° 432; et notamment Demante, t. IV, n°s 22 *bis*, IV et V).

Mais ce qui est, dit-on, inadmissible, c'est la distinction que l'on voudrait faire entre les deux hypothèses, pour appliquer différemment l'article 904 dans chacune d'elles (comp. Besançon, 23 nov. 1812, Loriferne, Dev., et Car., *Collect. nouv.*, 4, II, 201; Poitiers, 22 janv. 1828, Martineau, D., 1830, II, 120; Toulouse, 22 juill. 1840, *J. du P.*, t. II de 1840, p. 427; Coin-Delisle, art. 915, n° 19; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 117, note *a;* Bayle-Mouillard sur Grenier, t. IV, n° 583 *quater*, note *a;* Aubry et Rau, t. V, p. 606, 607).

II. — C'est pourtant cette distinction, qui forme le second système, que nous allons soutenir.

Nous ne voulons pas nier l'extrême gravité de l'argumentation qui précède; et nous ajoutons même qu'elle nous a fait hésiter.

Nous n'avons pas cru pouvoir nous y rallier pourtant; et voici pourquoi :

1° C'est d'abord parce qu'elle aboutit à une conséquence telle, si *monstrueuse*, dit la Cour d'Aix, si *absurde*, dit M. Troplong, que, en vérité, ces termes-là ne semblent pas trop forts pour la qualifier!

Ce qui en résulte, en effet, c'est que la mère, parce qu'elle est héritière à réserve, serait moins bien traitée qu'un héritier ordinaire, que le collatéral le plus éloigné!

Si le mineur n'avait laissé que deux cousins, l'un paternel, l'autre maternel, et qu'il eût légué à l'un d'eux, à son cousin maternel, par exemple, sa quotité disponible hors part, il n'est pas douteux que sa quotité disponible serait alors de la moitié de ses biens, puisque, s'il eût été majeur, il aurait pu disposer de la totalité. Si donc sa succession était de 4000 francs, le cousin, légataire par préciput, aurait d'abord, à ce titre, 2000 francs; puis, le partage égal de la quotité indisponible entre les deux lignes lui donnant 1000 fr., il aurait, en tout, 3000 francs.

Eh bien! au contraire, d'après le système qui précède, la mère, légataire de son enfant par préciput, n'aurait, en tout, que 2750 francs, à savoir : 1500 francs pour son préciput, parce que la quotité disponible, au lieu d'être de 2000 francs, ne serait, à cause d'elle, que de 3000 francs, et puis 1250 francs pour sa moitié dans les 2500 francs formant la quotité indisponible.

Mais, un tel résultat est-il acceptable! et se peut-il que la mère, précisément parce qu'elle est, entre tous

les héritiers, plus favorable et plus favorisée, soit traitée, à cause de cela même, moins bien que tous les autres!

2° Nous ne pensons pas que ce résultat ait pu être admis par le législateur; nous dirons donc qu'on ne doit pas retourner contre une personne un bénéfice qui a été introduit en sa faveur; et qu'il ne doit pas arriver que la réserve, qui a été établie pour que la condition héréditaire des ascendants fût meilleure que celle des collatéraux, produise ce résultat que leur condition, au contraire, serait pire!

On objecte que nous voici en contradiction avec la solution que nous avons présentée sur la première hypothèse, dans laquelle le mineur a légué sa quotité disponible à un étranger (*supra*, n° 432), et que la solution doit être la même dans les deux hypothèses sans distinction.

Il nous semble, au contraire, qu'il y a, entre les deux cas, une très-réelle différence.

Dans le premier cas, en effet, nous n'apercevons pas que l'on retourne contre la mère le bénéfice de sa réserve; ce que nous avons décidé seulement et ce que nous maintenons, c'est que la mère ne peut pas prétendre à une augmentation de sa réserve en raison de l'augmentation de la quotité indisponible du mineur.

Très-différente est l'hypothèse actuelle, où il est manifeste que l'on retourne contre la mère elle-même le bénéfice de la réserve, qui a été introduit en sa faveur; et cela, pour faire qu'elle n'obtienne pas autant que tout autre héritier non réservataire obtiendrait à sa place!

« Attendu (dit la Cour d'Aix).... qu'il reste, entre les deux espèces, cette différence énorme que, dans la première, les collatéraux se trouveraient profiter du

droit de la mère, comme elle et avec elle; tandis que, dans la seconde, c'est contre la mère elle-même et à son préjudice qu'ils veulent s'en prévaloir.... » (9 juill. 1838, Malosse, Dev., 1838, II, 505.)

3° Ajoutons enfin qu'à consulter aussi l'intention du mineur, qui a légué par préciput à sa mère tout ce dont il pouvait disposer, il est certain qu'il a voulu faire, au moins, pour elle tout ce qu'il aurait pu faire pour un étranger; et qu'il serait inouï que cette pieuse volonté ne fût pas remplie envers sa mère, quand la même volonté pourrait être remplie envers tout autre! (comp. Riom, 15 mars 1824, Groane, cité par Grenier, t. IV, n° 583, *quinter;* Bourges, 28 janv. 1831, Sainson, D., 1831, II, 166; Aix, 9 juill. 1838, *cit. supra;* Grenier, t. IV, n° 583 *quater;* Vazeille, art. 915, n° 10; Marcadé, art. 916, n° 2; Saintespès-Lescot, t. II, n° 357; Troplong, t. II, n° 822; D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et Testam.*, n° 788.)

436. — Est-ce à dire que nous méconnaissions ce qu'il peut y avoir, au fond de ces différentes solutions, de singulier et de peu satisfaisant même peut-être?

Nous n'irons pas jusque-là; mais ce que nous pensons aussi, c'est que ces solutions dérivent de l'article 904 tel qu'il a été fait par le législateur.

Il y aurait bien un moyen de ramener toutes les hypothèses à une solution uniforme, ce serait de dire que le majeur, considéré au point de vue de *sa capacité personnelle*, est, en effet, personnellement toujours capable de disposer de la totalité de ses biens, lors même qu'il a des héritiers à réserve, et que, par suite, le mineur, considéré au point de vue de *sa capacité personnelle*, est capable aussi personnellement de disposer toujours de la moitié de ses biens, lors même qu'il a des héritiers à réserve.

La question de réserve, en effet, et de quotité disponible, très-distincte de la question de capacité personnelle, ne peut s'élever qu'à l'époque du décès; et on ne voit pas pourquoi le mineur, qui aurait pu disposer de la moitié de tous ses biens, s'il n'avait eu, à son décès, dans chacune des lignes, que deux cousins, n'aura pu disposer que de la moitié des trois quarts, s'il laisse, en mourant, sa mère et un cousin maternel; pourquoi, disons-nous, cette différence, soit au point de vue de sa capacité personnelle, soit au point de vue de la réserve de la mère?

Considérez-vous la capacité personnelle du testateur mineur?

Qu'importe qu'il ait ou qu'il n'ait pas d'héritiers à réserve; sa raison et son jugement ne dépendent pas apparemment de cette circonstance; et cela est si vrai, que si sa mère meurt avant lui, le testament qu'il aurait fait à une époque où sa mère existait encore, s'exécutera pour toute la quotité dont peut disposer celui qui n'a pas d'héritier à réserve (*supra*, n° 430 *bis*).

Considérez-vous la réserve de la mère?

Qu'importe encore? La mère aura le quart, c'est-à dire sa réserve; nous avons supposé 4000 fr., la mère et un cousin paternel; si nous comptons la quotité disponible, sans nous occuper de la réserve de la mère, elle sera de moitié, 2000 fr.; restent 2000 fr.; ce qui donne à chacun des héritiers 1000 fr.; et dès lors aucun d'eux n'a droit de se plaindre (art. 753).

Notre avis est, en effet, que le législateur aurait très-bien pu, en accordant au mineur parvenu à l'âge de seize ans cette demi-capacité de disposer par testament, ne s'occuper que de sa capacité personnelle, et lui accorder, dès lors, le droit de disposer de la moitié de ses biens, sauf aux héritiers réservataires, s'il y en avait, le droit de réclamer toujours l'intégrité de leur réserve.

Mais ce qui nous paraît aussi certain, c'est que ce n'est pas ce système-là que le législateur a consacré dans l'article 904.

Les termes mêmes de cet article en sont d'abord la preuve irrécusable :

« Le mineur parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra « disposer que par testament *et jusqu'à concurrence « seulement de la moitié des biens dont la loi permet au « majeur de disposer.* »

Il est clair que cette formule implique nécessairement l'idée que l'article 904 se réfère aux cas où la loi ne permet pas au majeur de disposer de tous ses biens; or, ces cas ne peuvent être et ne sont, en effet, que ceux où il existe des héritiers à réserve.

Nous ajouterons que le législateur a pu vouloir adopter cette base pour la détermination de la quotité disponible du mineur, afin d'empêcher qu'aucun de ses héritiers ne fût privé par lui, de la totalité de ses droits héréditaires.

Or, précisément, ce résultat aurait été possible, si, dans la détermination de sa quotité disponible, on n'avait pas tenu compte de la présence des héritiers à réserve.

Soit, par exemple, un mineur laissant ses père et mère et des frères et sœurs.

Il a légué à un tiers tout ce dont il peut disposer ; et sa succession est de 4000 francs.

Si vous dites que la quotité disponible est de la moitié, ou de 2000 francs, que va-t-il arriver ?

Que le père en prendra 1000, pour sa réserve, et la mère 1000 pour sa réserve aussi (art. 915).

Et puis, pour les frères et sœurs, il restera zéro !

Eh bien ! voilà ce que le législateur n'a pas voulu ; il n'a pas voulu qu'un héritier quelconque fût privé de toute sa portion par le testament d'un mineur (*supra*, n° 424).

Et voilà pourquoi, dans la détermination de la quotité disponible du mineur, il a tenu compte de la présence des héritiers réservataires.

437. — Dans la seconde hypothèse que nous avons supposée (*supra*, n° 435), la mère, légataire par préciput de la quotité disponible de son enfant mineur, et qui partage, aux termes de l'article 753, la quotité indisponible avec un cousin paternel, a-t-elle droit, en outre, aux termes de l'article 754, à l'usufruit du tiers des biens auxquels elle ne succède pas en propriété ?

Quelques arrêts ont décidé la négative (comp. Besançon, 23 nov. 1812, Loriferne, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, IV, II, 201 ; Riom, 15 mars 1824, Groane, cité par Grenier, t. IV, n° 583 *quinter*).

Mais cette doctrine nous paraît inadmissible :

Nous avons reconnu que la portion, dont le mineur n'a pas pu disposer, forme sa succession légitime, et doit être, en conséquence, partagée entre ses héritiers, suivant le droit commun ; c'est pour cela que l'article 753 est applicable entre la mère et le cousin ;

Or, l'article 754 règle aussi le droit commun, en matière de succession légitime ; il fait suite et se lie inséparablement à l'article 753 ;

Donc, par cela même que l'article 753 est applicable, l'article 754 doit l'être nécessairement aussi.

Mais, a-t-on dit, l'article 754 ne s'applique que *dans le cas de l'article précédent ;* et l'article précédent (753) suppose que la succession est déférée *pour moitié* aux ascendants survivants et *pour l'autre moitié* aux parents les plus proches de l'autre ligne ; or, au contraire, dans l'espèce proposée, la mère étant légataire par préciput de la quotité disponible, la succession n'est point partagée par moitié entre elle et le cousin paternel.

Il est facile de répondre :

1° Que ces mots de l'article 754 : *dans le cas de l'article précédent*, se réfèrent essentiellement au cas de concours des ascendants dans une ligne et des collatéraux dans l'autre ligne, indépendamment des parts respectives de chacun d'eux (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. I, n°s 462 et suiv.) ;

2° Que, d'ailleurs, il est vrai de dire, même dans l'espèce proposée, que la succession légitime est déférée pour moitié à la mère et pour moitié au cousin paternel ; car la mère, en tant qu'elle est légataire par préciput, ne vient pas à la succession légitime ; et son titre de légataire est distinct de son titre d'héritière (comp. Poitiers, 22 janv. 1828, Martineau, D., 1830, II, 120 ; Bourges, 28 janv. 1831, Sainson, D., 1831, II, 166 ; Grenier, *loc. supra cit.;* Vazeille, art. 915, n° 11 ; Toullier, t. III, n° 117 ; Duranton, t. VIII, n° 313 ; Coin-Delisle, art. 915, n° 19 ; Saintespès-Lescot, t. II, n° 357 ; Troplong, t. II, n° 823 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 155 ; D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et Testam.*, n° 792).

438. — Un mineur, âgé de plus de seize ans, décède, sans ascendants et sans enfants, après avoir légué l'universalité de ses biens, *rien d'exclus ni de réservé*, à sa femme et à sa sœur *par égales portions.*

Supposons que sa succession soit de 4000 francs.

Quelle sera la part de la sœur ? Quelle sera la part de la femme ?

Cette espèce s'est présentée ; et la sœur réclamait les trois quarts des biens, ou 3000 francs sur 4000, ne laissant qu'un quart ou 1000 francs, à la femme.

Elle raisonnait ainsi :

Majeur, le testateur n'ayant pas d'héritier à réserve, aurait pu disposer de la totalité de ses biens ; mineur, il n'a pu disposer que de la moitié, ou de 2000 francs sur 4000.

J'ai donc droit, d'abord, comme héritière ab intestat, à cette moitié.

Puis, j'ai droit à la moitié de l'autre moitié, comme instituée, par égales portions avec la femme, légataire de la quotité disponible.

La Cour de Turin a jugé, toutefois, que la sœur ne devait avoir que la moitié de la succession, ou 2000 fr. sur 4000, et que l'autre moitié appartenait à la femme (30 août 1809, Ricolfi, Sirey, 1810, II, 204).

Et cette décision nous paraît très-juridique.

Le raisonnement que fait la sœur, semble bien construit pourtant en apparence; mais il est captieux; car la conclusion en serait qu'il ne faudrait avoir aucun égard à une disposition où se rencontre ce double caractère: 1° que le défunt a certainement voulu la faire; 2° qu'il a pu aussi certainement la faire telle qu'il l'a voulue !

En effet, d'abord, que la volonté du défunt eût été de partager également par moitié, entre sa sœur et sa femme, la totalité de ses biens, cela ne paraissait pas contestable.

Et, en second lieu, que cette volonté fût susceptible d'une exécution parfaitement légale, c'est ce qui n'est pas plus douteux; il est clair, en effet, que le mineur aurait pu dire qu'il entendait laisser à sa femme la moitié de ses biens et à sa sœur l'autre moitié. La sœur aurait eu la moitié, qui ne pouvait pas lui être enlevée; et elle n'aurait eu rien à dire.

Or, le testateur, dans notre espèce, n'a pas voulu faire autre chose; et comme les dispositions testamentaires doivent être interprétées conformément à l'intention véritable du disposant, et *avec bonne foi*, dit justement M. Coin-Delisle (*infra*), il faut reconnaître que le testateur a entendu, en effet, que sa sœur aurait la portion indisponible, et sa femme la portion disponible.

Mais ceci prouve combien il est nécessaire d'apporter d'attention à la rédaction des actes, et qu'il n'est pas indifférent d'employer telle formule ou telle autre. On aurait prévenu cette difficulté d'interprétation, si, au lieu de faire un legs d'universalité ou de quotité à la femme et à la sœur, on eût plus clairement manifesté l'intention du mineur de laisser seulement à sa sœur la moitié des biens, qui lui revenaient dans la succession ab intestat (comp. Vazeille, art. 915, n° 13; Coin-Delisle, art. 904, n° 9; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 108, note *b;* Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 154; D., *Rec. alph., loc. supra cit.*, n° 794).

439. — Un point assez important nous reste encore à résoudre, c'est à savoir si la valeur des biens, dont le mineur aurait disposé en faveur de son conjoint, par contrat de mariage, doit être imputée sur la quotité de ses biens, dont il lui est permis de disposer par testament.

Soit, par exemple, cette espèce :

Un mineur s'étant marié à l'âge de dix-huit ans, a donné, par contrat de mariage, à son conjoint une somme de 20 000 francs.

Il décède ensuite, après avoir fait, à l'âge de vingt ans, un testament par lequel il a légué à son conjoint ou à tout autre, tout ce dont la loi lui permet de disposer.

Nous supposerons qu'il ne laisse ni ascendants ni descendants, et que sa succession, tout compris, est d'une valeur de 100 000 francs.

Quelle est, sur ces 100 000 francs, la quotité, dont le mineur a pu disposer par testament ?

Dans l'intérêt des héritiers légitimes, on pourrait raisonner ainsi :

Majeur, le testateur aurait pu disposer de tout;

mineur, il n'a pu disposer que de la moitié, ou de cinquante sur cent;

Or, il a déjà disposé, au profit de son conjoint, par contrat de mariage, de 20 000 francs;

Donc, il n'a pu disposer ensuite, par testament, que 30 000 francs, qui réunis aux 20 000 francs donnés par le contrat de mariage, forment précisément la moitié de la totalité de ses biens.

On voit que, d'après ce système, les valeurs des biens donnés par le mineur dans son contrat de mariage, aux termes de l'article 903, sont imputées sur la quotité, dont il peut disposer par testament, aux termes de l'article 904.

Mais ce système, à notre avis, ne doit pas être admis; nous croyons, au contraire, qu'il n'y a lieu à aucune imputation de ce genre, et que la quotité dont le mineur a pu disposer par testament, doit être déterminée indépendamment et abstraction faite de la valeur des biens dont il aurait, avant ou depuis le testament, disposé, par contrat de mariage, au profit de son conjoint.

En conséquence, dans l'espèce proposée, il faut mettre en dehors les 20 000 francs donnés par le contrat de mariage, et calculer sur 80 000, la quotité dont le mineur a pu disposer par testament; cette quotité sera donc de 40 000 francs; et cette somme, jointe aux 20 000 francs donnés par le contrat de mariage, formera un total de 60 000 francs, dont le mineur aura pu légalement disposer :

1° En effet, l'article 904 détermine uniquement la quotité de biens, dont le *mineur* parvenu à l'âge de seize ans pourra disposer *par testament;* telle est la double condition de l'hypothèse à laquelle il s'applique, à savoir : d'un *mineur* et d'un *testament;*

Or, aux termes de l'article 903, combiné avec l'article 1095, le mineur est considéré non plus comme

mineur, mais comme majeur, en tant qu'il dispose, au profit de son conjoint, par contrat de mariage, avec le consentement et l'assistance de ceux, dont le consentement est nécessaire pour la validité de son mariage (*supra*, n° 414) ; c'est-à-dire qu'il ne s'agit plus ni d'un *mineur*, mais d'un *majeur*, ni d'un *testament*, mais d'un *contrat ;*

Donc, l'article 904 n'est pas applicable.

2° Et cette déduction, fondée sur les textes, est aussi très-rationnelle. C'est à raison de l'inexpérience du mineur que la loi a décidé qu'il ne pourrait disposer par testament que jusqu'à concurrence de la moitié des biens dont il est permis au majeur de disposer ; et par conséquent, il faut toujours, pour savoir de quoi un mineur a pu disposer par testament, se demander d'abord de quoi un majeur aurait pu disposer; or, un majeur, dans notre espèce, aurait pu disposer par testament de 80 000 francs ; car il est bien clair que la donation de 20 000 francs faite par lui à son conjoint par contrat de mariage, ne l'empêchait pas de disposer par testament de la totalité des biens qui lui restaient ; donc, le mineur peut disposer de la moitié de cette totalité.

3° C'est que, en effet, il faut distinguer, dans le mineur, pour ainsi dire, deux personnes différentes, et par suite deux capacités distinctes :

S'agit-il des donations à faire à son conjoint par contrat de mariage ? il est réputé majeur ; et sa quotité disponible est aussi étendue que celle d'un majeur ; c'est l'application de l'article 903.

S'agit-il des dispositions testamentaires ? il n'est plus qu'un mineur, et sa quotité disponible n'est que de la moitié dont un majeur, dans la même situation, aurait pu disposer; elle n'est, dis-je, que de la moitié; mais du moins, est-elle de la moitié !

Consulté deux fois sur cette question, nous avons pensé qu'elle devait recevoir la solution, que nous venons de présenter.

C. — *De l'incapacité de la femme mariée de disposer à titre gratuit.*

SOMMAIRE.

440. — En ce qui concerne l'incapacité de la femme mariée, il faut distinguer entre la donation entre-vifs et le testament.
441. — A. La femme mariée ne peut pas donner entre-vifs sans autorisation de son mari ou de justice; mais, avec cette autorisation, elle peut donner entre-vifs aussi bien que tout autre.
442. — I. Nécessité de l'autorisation pour que la femme mariée puisse donner entre-vifs.
443. — Suite.
444. — Suite.
445. — Suite.
446. — Suite.
447. — Suite.
448. — Suite.
449. — II. Avec l'autorisation maritale ou judiciaire, la femme peut donner entre-vifs, comme si elle était fille ou veuve.
450. — Suite.
451. — Suite.
452. — Suite. — Faut-il que l'écrit, qui renferme l'autorisation du mari, soit fait dans la forme authentique, comme la donation entre-vifs elle-même, que la femme est autorisée à consentir?
453. — L'autorisation du mari peut-elle être donnée *ex post facto?*
454. — Suite.
455. — Suite.
456. — B. La femme mariée n'a besoin, pour disposer par testament, ni du consentement de son mari ni de l'autorisation de la justice.

440. — Aux termes de l'article 905 :

« La femme mariée ne pourra donner entre-vifs, « sans l'assistance ou le consentement spécial de son « mari, ou sans y être autorisée par la justice, confor- « mément à ce qui est prescrit par les articles 217 et « 219, au titre *du Mariage*.

« Elle n'aura besoin ni du consentement du mari,

« ni d'autorisation de la justice pour disposer par tes-
« tament. »

Ainsi, en ce qui concerne l'incapacité de la femme mariée de disposer à titre gratuit, il faut distinguer entre la donation entre-vifs et le testament.

441. — A. S'agit-il de la donation entre-vifs?

I. D'une part, la femme mariée est absolument incapable de disposer sans autorisation, soit de son mari, soit de la justice;

II. D'autre part, avec cette autorisation, la femme mariée est capable de disposer aussi librement que tout autre.

442. — II. Nous disons d'abord que la femme mariée est absolument incapable de donner entre-vifs sans autorisation.

La donation entre-vifs opère, en effet, un dessaisissement actuel et irrévocable; et il importe à l'intérêt de la famille, du mari, et de la femme elle-même, qu'elle ne soit pas trop facilement consentie.

Et puis, il est facile de comprendre les raisons de morale, de convenance, de discipline domestique, qui s'opposent à ce que la femme mariée puisse faire, sans autorisation, une disposition de cette nature.

Ces motifs existent, à peu près, avec une force égale dans tous les cas; aussi l'article 905 est-il absolu et doit-il être appliqué dans tous les cas, sans distinction (ajout. art. 217).

443. — En conséquence, la femme mariée ne peut donner entre-vifs sans autorisation :

Quel que soit le régime matrimonial, qu'elle ait adopté; fût-elle séparée de biens ou même aussi de corps;

Quels que soient les biens, meubles ou immeubles, que la donation doive comprendre;

Quelle que soit enfin la forme dans laquelle la donation doive être faite.

444. — On a toutefois enseigné que la femme mariée, séparée de corps et de biens, ou de biens seulement, pouvait donner entre-vifs son mobilier sans autorisation.

L'article 1449, a-t-on dit, décide que la femme séparée de biens peut *disposer* de son mobilier et l'*aliéner;* or, ces termes-là sont absolus; donc, ils comprennent le droit, pour la femme séparée de biens, de *disposer* de son mobilier par donation entre-vifs, et de l'*aliéner*, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux (comp. Delvincourt, t. II, p. 58, note 16; Taulier, t. V, p. 137; Zachariæ, § 516; Guilhon , *des Donations*, n° 125).

Mais nous avons déjà répondu :

1° Que les termes, absolus aussi ! de notre article 905 résistaient à toute distinction de ce genre, et que les motifs sur lesquels cet article est fondé, ne s'y opposaient pas moins (*voy.* aussi art. 217);

2° Que l'article 1449 n'accordait à la femme mariée le droit de disposer de son mobilier et de l'aliéner que comme une conséquence du droit, qu'il venait de lui accorder d'administrer sa fortune; que dès lors, il ne lui permettait d'aliéner son mobilier qu'autant que cette aliénation constituait un acte d'administration; et que la donation entre-vifs ne pouvait jamais être considérée comme un acte d'administration (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 150; Pau, 28 janv. 1851, Dufay, Dev., 1851, II, 397; Duranton, t. VIII, n° 208, et t. XIV, n° 425; Rodière et Pont, *du Cont. de mariage*, t. II, n° 881; Odier, *eod.*, t. I, n° 403; Troplong, *eod.*, t. II, n° 1420; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. II, p. 347).

445. — Les donations manuelles sont comprises dans cette prohibition, aussi bien que les autres; ce que l'article 905 déclare la femme mariée incapable de faire sans autorisation, c'est la donation entre-vifs

elle-même, c'est-à-dire l'acte par lequel la femme se dépouillerait actuellement et irrévocablement de la chose donnée; ce n'est pas seulement la forme solennelle de la donation qui lui est interdite (comp. *infra*, nos 460 et 602; Pau, 28 janv. 1851, Dufay, cité *supra;* Troplong, t. II, n° 594; notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 203; et le tome III de ce Traité, n° 170).

446. — Il faudrait en dire autant de la remise d'une dette (art. 1282 et suiv.).

447. — Et aussi, par une raison au moins égale, d'une donation déguisée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux (Pau, 19 mars 1831, Soulé, Dev., 1831, II, 303; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 32).

448. — Il convient d'excepter toutefois des termes de notre article 905, les dons modiques, qui se prélèvent d'ordinaire sur les revenus, et qui sont considérés, d'après les mœurs et les usages de notre société, comme de simples *présents*, comme des *cadeaux*, plutôt que comme des *donations entre-vifs* proprement dites (arg. de l'article 852; comp. Pau, 28 janv. 1851, Dufay, cité *supra*, n° 444; Troplong, t. II, n° 594; *voy.* aussi nos *Traités du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 150; et *de la Minorité*, *de la Tutelle*, etc., t. I, n° 776).

449. — II. Mais, avons-nous dit (*supra*, n° 441), avec l'autorisation de son mari ou de la justice, la femme mariée est aussi capable de donner entre-vifs que si elle était fille ou veuve.

Tel est en effet, le principe général, que l'autorisation maritale ou judiciaire relève la femme mariée de son incapacité, en tant, bien entendu, que cette incapacité ne dérive, pour elle, que du mariage (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 114).

450. — De quelle manière l'autorisation du mari ou de la justice doit-elle être donnée à la femme pour faire une donation entre-vifs ? — A quelle époque doit-elle être donnée? — Et par quelles personnes peut être proposée la nullité de la donation entre-vifs résultant du défaut d'autorisation ?

Ce sont là des questions que nous avons déjà examinées, et sur lesquelles il suffit que nous nous référions aux règles, que nous avons exposées ailleurs (dans notre Traité précité, t. II, nos 188 et suiv.).

451. — C'est ainsi, par exemple, que l'article 905, conforme, en ce point, à l'article 217, décide que l'autorisation du mari pourra être tacite ou expresse et résulter soit de son assistance, soit de son consentement spécial.

De *son assistance*, ou, en d'autres termes, comme dit l'article 217, de *son concours dans l'acte* (*voy.* Guilhion, *des Donations*, n° 118);

De *son consentement spécial*, ou, en d'autres termes, comme dit l'article 217, de *son consentement par écrit*.

452. — Ce que l'on peut mettre en question seulement, c'est à savoir s'il faut que l'écrit, qui renferme l'autorisation du mari, soit fait dans la forme authentique, comme la donation entre-vifs que la femme est autorisée à consentir? (Art. 931.)

L'affirmative est appuyée par des autorités considérables (comp. Cass., 1er déc. 1846, Patouillet, Dev., 1847, I, 289; Troplong, t. II, n° 598, et t. III, n° 1085; D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et Testam.*, n° 292; *voy.* aussi Besançon, 30 mars 1844, Bruchon, D., 1845, IV, 153).

Mais pourtant l'article 217 n'exige qu'un écrit, sans en spécifier la forme; et l'article 905, qui est venu depuis, n'a rien exigé de plus. Voilà pourquoi nous avons déjà dit qu'il n'était pas nécessaire, à notre avis, que

le consentement du mari fût donné dans la forme authentique (comp. le t. III de ce Traité, n° 32; et notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 194; Duranton, t. II, n° 446; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 136; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, n° 109, note *a*).

453. — C'est aussi une question controversée que celle de savoir si l'autorisation du mari, qui peut être donnée *avant* la confection de l'acte, ou *pendant* sa confection, peut être également donnée *après*, c'est-à-dire *ex post facto*.

Nous avons enseigné, pour notre part, la négative (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 211).

Et c'est surtout dans son application à la donation entre-vifs que cette doctrine nous paraît juridique.

Elle a toutefois été contestée dans cette application même (comp. Coin-Delisle, art. 905, n° 3).

Mais nous persistons à penser qu'une prétendue autorisation donnée par le mari après que l'acte a été consenti par la femme, n'est pas, en réalité, une autorisation, mais bien une ratification, et que le mari ne peut pas effacer, au préjudice de sa femme, la nullité de cet acte, ni lui enlever le droit, qui lui est acquis d'en demander la nullité.

M. Bayle-Mouillard remarque même, avec raison, que le consentement du mari doit être donné, non pas seulement avant l'acceptation de la donation par le donataire, mais avant la donation elle-même, dans le cas où la donation et l'acceptation auraient lieu par actes séparés (art. 932); car il faut que le donateur ait toute sa capacité, non-seulement au moment de l'acceptation, mais encore et surtout au moment de la donation (sur Grenier, t. I, n° 109, note *a*).

454. — D'où il suit que lorsque le mari n'assiste

pas à la confection de la donation, l'acte renfermant son consentement doit être enregistré en même temps que la donation, afin d'en assurer la date, et y demeurer annexé, afin d'en assurer la conservation ; car il est la condition essentielle de la validité de la donation elle-même.

455. — Que la nullité résultant du défaut d'autorisation ne puisse être proposée que par le mari, par la femme ou par leurs héritiers, c'est un principe qui nous est déjà connu, et qui s'applique, suivant nous, à la donation entre-vifs, comme à tous les autres actes (arg. des articles 225, 905, 1125, etc.; comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, nos 327 et suiv.; Troplong, t. II, n° 597; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 109, note *a*).

456. — B. S'agit-il, au contraire, du testament? (*supra*, n° 441).

La femme mariée n'a besoin ni du consentement du mari, ni d'autorisation de la justice (art. 905, 226).

C'est que le testament doit être exclusivement l'œuvre de la volonté personnelle du testateur, *neque ex alieno arbitrio pendere* (L. 32, *princ.*, ff. *De hæred. instit.*).

C'est aussi qu'il ne produit aucun effet actuel, et qu'il est toujours révocable.

Et enfin, à l'époque où il produira son effet et deviendra irrévocable, il n'y aura plus de mariage, plus de femme mariée, plus d'autorité maritale?

Plusieurs coutumes pourtant exigeaient autrefois que la femme fût autorisée même pour disposer par testament (comp. Furgole, *des Testaments*, chap. IV, sect. I, n° 2; Pothier, *du Contr. de mariage*, nos 43, 44, et *des Donat. testam.*, chap. III, sect. I; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. I, § 2, art. 3).

Mais nous avons déjà remarqué que c'était là une exagération impossible à justifier (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 183).

D. *De l'incapacité de disposer à titre gratuit, qui frappe l'individu condamné à une peine afflictive perpétuelle; — ou celui qui se trouve en état d'interdiction légale.*

SOMMAIRE.

457. — A. De l'incapacité absolue de disposer, qui frappait le mort civilement, avant la loi du 31 mai 1854.
458. — Cette incapacité, qni ne s'applique plus au mort civilement, a été appliquée par la loi du 31 mai 1854 au condamné à une peine afflictive perpétuelle.
459. — Suite.
460. — Suite. — Le condamné à une peine afflictive perpétuelle est-il capable de faire des donations manuelles?
461. — Suite. — *Quid*, des donations entre-vifs déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux?
462. — B. L'interdiction légale, que l'article 29 du Code pénal prononce contre les condamnés à certaines peines, emporte-t-elle l'incapacité de disposer à titre gratuit?

457. — A. Nous n'avons plus à nous arrêter aujourd'hui sur l'incapacité absolue de disposer par donation entre-vifs et par testament, que l'article 25 prononçait contre le mort civilement (*voy.* notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., n°s 200, 203, 224, et 227).

Cette incapacité a été supprimée par la loi du 31 mai 1854, qui a aboli la mort civile.

458. — Nous disons que cette incapacité a été supprimée; et cela est évident, en ce qui concerne le mort civilement, puisqu'il n'y a plus de mort civile.

Mais nous pourrions dire aussi, plus exactement même peut-être, à un autre point de vue, que cette incapacité existe toujours, et qu'elle n'a fait que changer d'objet; car la loi du 31 mai 1854 l'a transportée dans le nouveau régime qu'elle a établi relativement aux condamnés à des peines afflictives perpétuelles.

L'article 3 de cette loi est, en effet, ainsi conçu :

« Le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne « peut disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit « par donation entre-vifs, soit par testament, ni rece- « voir, à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments.

« Le testament par lui fait antérieurement à sa con- « damnation contradictoire devenue définitive est nul.

« Le présent article n'est applicable au condamné « par contumace que cinq ans après l'exécution par « effigie.

Nous avons ailleurs remarqué déjà que, en rapprochant cet article du premier et du troisième alinéa de l'article 25 du Code Napoléon, on reconnaît qu'il en reproduit les dispositions presque textuellement (*voy.* notre Traité précité, *Appendice sur la loi du* 31 *mai* 1854, n° 13).

Et c'est bien effectivement la même incapacité absolue de disposer à titre gratuit, qui frappait autrefois le mort civilement, d'après l'article 25 du Code Napoléon, qui frappe aujourd'hui le condamné à une peine afflictive perpétuelle, d'après l'article 3 de la loi du 31 mai 1854.

459. — De là il résulte que cette incapacité doit produire, à l'égard du condamné à une peine afflictive perpétuelle, les mêmes effets qu'elle produisait à l'égard du mort civilement.

C'est ainsi qu'elle s'oppose à ce qu'il puisse disposer au profit de quelque personne que ce soit, ni de son conjoint, ni de ses ascendants, ni même de ses enfants par leur contrat de mariage.

Il est vrai que cette dernière déduction avait été contestée, en ce qui concernait le mort civilement (comp. Cass., 14 juin 1827, Luxembourg, D., 1827, I, 272; et les conclusions de M. de Vatimesnil).

Mais elle ne nous en paraissait pas moins résulter de

l'article 25 du Code Napoléon (*voy.* notre Traité précité, n° 204).

Et, quant au condamné à une peine afflictive perpétuelle, nous avons déjà enseigné que les termes absolus de l'article 3 de la loi du 31 mai 1854 ne pouvaient comporter aucune distinction (*voy.* notre Traité précité, *Appendice*, n°s 17, 18; ajout. Troplong, t. II, n° 523).

460. — Pareillement, de même que nous avions pensé que le mort civilement était incapable de faire des donations manuelles (*voy.* notre Traité précité, n° 203), nous pensons que le condamné à une peine afflictive perpétuelle n'en peut pas faire davantage.

Nous devons rappeler toutefois aussi que cette doctrine, qui était contestée à l'égard du mort civilement, l'est encore aujourd'hui à l'égard du condamné à une peine afflictive perpétuelle.

M. Troplong, notamment, s'en montre l'adversaire déclaré; et voici son argument :

Si le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut pas disposer par donation entre-vifs et par testament, c'est seulement parce que ces deux grands actes de la vie civile ne peuvent se manifester que dans des formes solennelles et privilégiées, et que le condamné à une peine afflictive perpétuelle, exclu du droit civil et de ses avantages, ne peut s'emparer de ces formes privilégiées et solennelles;

Or, la donation manuelle n'emprunte aucune des formes solennelles du droit civil;

Donc, le condamné à une peine afflictive perpétuelle peut faire une donation manuelle, comme il peut faire une vente, ou un bail, etc. (t. II, n°s 512-514, et 522).

Mais il nous paraît facile de répondre soit d'après le texte même de la loi, soit d'après les vrais principes

sur lesquels cette loi a fondé l'incapacité qu'elle prononce :

1° Et d'abord, que les termes de l'article 3 de la loi du 31 mai 1854 (comme auparavant les termes de l'article 25 du Code Napoléon) défendent, de la manière la plus absolue, au condamné à une peine afflictive perpétuelle de disposer par donation entre-vifs, cela est certain ; or, la donation manuelle n'en est pas moins une donation entre-vifs ; et ce que le législateur défend, ce n'est pas la forme de l'acte, c'est l'acte lui-même !

2° Est-il donc vrai d'ailleurs, comme l'enseigne M. Troplong, que *la raison unique* pour laquelle le condamné à une peine afflictive perpétuelle, a été déclaré incapable de disposer par donation entre-vifs, soit qu'il ne peut pas recourir *aux formes privilégiées du droit civil?*

Non, certes ! et ce motif-là serait, suivant nous, inexact à un double point de vue :

D'abord, parce que la raison de cette incapacité est plus haute et plus grave ; c'est une incapacité répressive, et qui a un but exemplaire ! c'est pour le punir que le législateur a voulu supprimer dans la personne d'un tel condamné la faculté si précieuse à l'homme de disposer de ses biens à titre gratuit ! c'est aussi parce qu'il a considéré que les dispositions d'un tel condamné n'étaient pas dignes de respect et de protection, et qu'il ne devait pas lui permettre de devenir le législateur de sa famille et de son patrimoine ; c'est une indignité enfin plutôt qu'une incapacité, et qui ne procède pas seulement d'une pure question de forme !

Mais, en outre, nous ne comprenons pas bien nettement cette doctrine qui consiste à dire que le condamné à une peine afflictive perpétuelle (comme l'ancien mort civilement) ne peut pas recourir *aux formes civiles,*

aux formes privilégiées du droit civil, et qui en vient ainsi à conclure qu'il est *dans l'incapacité d'hypothéquer ou d'employer le ministère d'un notaire à l'effet de rendre authentique une convention ou une libération!* (Richelot, p. 169 ; Troplong, *de la Vente*, t. I, n° 175.)

Si, en effet, il s'agit d'actes que la loi civile n'a pas défendus au condamné, il nous paraît impossible de supposer qu'elle lui défende l'emploi des formes qu'elle a instituées pour que cet acte soit valablement fait ?

Et quand, au contraire, elle lui défend un certain acte, nous ne pouvons pas davantage admettre qu'elle ne lui défende que la *forme* et qu'elle le laisse capable de faire, en une autre forme, l'acte même dont elle l'a déclaré incapable ! (*voy.* notre Traité précité, n°s 203 et 208 ; comp. Merlin, *Répert.*, v° *Mort civile*, § 1, art. 2, n° 5 ; de Savigny, t. II, p. 155 et 157).

461. — Voudrait-on admettre, par exemple, que le condamné à une peine afflictive perpétuelle pourrait faire une donation entre-vifs d'immeubles, déguisée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux ?

Il le faudrait, d'après la doctrine que nous combattons, et s'il était vrai que *la raison unique* de son incapacité de faire une donation entre-vifs procède de ce qu'il ne peut pas employer les formes solennelles de la donation entre-vifs. Il le faudrait, disons-nous, puisque les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, sont exemptes de ces formes solennelles.

Mais il nous paraît certain, au contraire, que cette simulation serait une fraude à la loi, qui frappe le condamné d'une incapacité de disposer à titre gratuit, à une loi, disons-nous, d'ordre public, qui ne saurait être trompée au moyen de tels déguisements ! (comp. notre Traité précité, n° 193).

462. — B. L'interdiction légale, que l'article 29 du Code pénal prononce contre les condamnés à certaines peines, emporte-t-elle l'incapacité de disposer à titre gratuit ?

Et, en cas d'affirmative, quelle est l'étendue de cette incapacité ?

Nous avons ailleurs exposé cette thèse délicate, ainsi que les trois systèmes différents auxquels elle a donné lieu (*voy.* notre Traité précité, n°s 192, 193 et 193 *bis*).

Et nous ne pouvons que nous référer aux développements étendus que nous y avons consacrés, en maintenant notre conclusion, savoir :

D'une part, que l'individu interdit légalement ne peut pas disposer par donation entre-vifs ;

Mais, d'autre part, qu'il peut disposer par testament (ajout. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 113, note *a*).

E. — *De certaines incapacités de disposer à titre gratuit, qui existaient dans notre ancien droit, et que notre droit nouveau n'a pas consacrées.*

SOMMAIRE.

463. — Exposition.

464. — I. Les étrangers étaient, dans notre ancien droit, capables de donner entre-vifs ; mais ils étaient incapables de tester. — Cette différence a disparu ; et les étrangers sont aussi capables que les Français de disposer entre-vifs et par testament.

465. — II. Notre Code n'a pas maintenu davantage l'incapacité de disposer à titre gratuit, dont les religieux étaient frappés dans notre ancienne législation.

466. — Le décret du 18 février 1809, relatif aux maisons hospitalières de femmes, prononçait toutefois contre les religieuses hospitalières l'incapacité absolue de disposer entre-vifs, soit au profit de la congrégation, soit en faveur de qui que ce soit. — Cette incapacité existe-t-elle encore ? — Renvoi.

467. — III. Dans l'ancien droit coutumier, une personne atteinte de

la maladie dont elle mourait ensuite, était incapable de donner entre-vifs. — Explication des motifs de cette incapacité. — Notre Code ne l'a pas maintenue.

463. — Il ne sera pas sans intérêt de rappeler rapidement les incapacités qui frappaient autrefois les étrangers ; — les religieux — et les individus atteints d'une maladie mortelle, dont ils mouraient en effet, et qui ne pouvaient pas, en cet état, disposer par donation entre-vifs.

464. — I. Les étrangers étaient, dans notre ancien droit, capables de donner entre-vifs; mais ils étaient incapables de tester.

« La raison de cette différence, disait Pothier, est que le testament appartient tout entier au droit civil ; au lieu que la donation entre-vifs étant une convention, elle est du droit des gens, auxquels les aubains participent. » (*Des Donations entre-vifs*, sect. I, art. 1; et *des Personnes*, part. I, tit. II, sect. II, n° 6; ajout. Furgole, chap. IV, sect. II, n° 50 ; Ricard, *des Donations*, Ire part., chap. III, sect. V, nos 202 et suiv.).

Nous avons déjà plusieurs fois apprécié cette raison ; et notamment, en nous occupant de la condition juridique des étrangers en France, nous croyons avoir établi que, d'après le Code Napoléon, de 1804, les étrangers étaient capables de disposer non-seulement par donation entre-vifs, mais encore par testament. L'article 912, en effet, déclarait bien l'étranger incapable de *recevoir;* mais aucun texte ne le déclarait incapable de *disposer* (*infra*, n° 604; et notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 243).

C'est là d'ailleurs une règle désormais incontestable, depuis la loi du 14 juillet 1819, dont l'article 1 est ainsi conçu :

« Les articles 726 et 912 du Code civil sont abrogés;

« en conséquence, les étrangers auront le droit de « succéder, *de disposer* et de recevoir de la même ma- « nière que les Français, dans toute l'étendue du « royaume. » (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. I, nos 190 et suiv.)

465. — II. Notre législation nouvelle n'a pas maintenu davantage l'incapacité de disposer à titre gratuit, dont les religieux étaient frappés dans notre ancienne législation.

Cette incapacité, plus complète que celle des étrangers, empêchait les religieux tout à la fois de tester et de donner entre-vifs.

Ils ne pouvaient pas tester, ayant, disait Pothier, perdu l'état civil par la profession religieuse (*des Donations testam.*, chap. III, sect. I, art. 1, § 2; *voy.* notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 200).

Et, s'ils ne pouvaient pas donner entre-vifs, ce n'était point parce qu'ils avaient perdu les droits civils, puisque la donation entre-vifs était considérée comme une convention du droit des gens, qui n'exigeait pas la participation aux droits civils (*supra*, n° 464).

« C'était, disait encore Pothier, parce que ne pouvant rien avoir, ils n'avaient rien qu'ils pussent donner; aussi, ceux qui, étant hors du cloître, avaient un pécule, pouvaient-ils disposer par donation entre-vifs des effets de leur pécule. » (*Des Donations entre-vifs*, sect. I, art. 1.)

De sorte que c'était, de leur part, en ce qui concernait la donation entre-vifs, beaucoup moins un défaut de *capacité* qu'un défaut de *puissance* (comp. Furgole, *des Testam.*, chap. IV, sect. II, nos 72 et suiv.; Ricard, *des Donations*, Ire partie, chap. III, sect. V, nos 306 et suiv.).

La loi du 13 février 1790, en abolissant les ordres

monastiques, a du même coup aboli les incapacités civiles qui en provenaient (ajout. Lois des 18 vendémiaire, 5 brumaire et 17 nivôse an II).

Et il est évident aujourd'hui que les religieux et religieuses sont capables, aussi bien que les autres Français, de disposer soit par donation entre-vifs, soit par testament; car la règle est la capacité (art. 902); et aucun texte n'a fait, dans notre droit moderne, d'exception en ce qui les concerne (comp. Cass., 17 nov. 1818, Tempié; Liége, 27 mai 1820, Delahamaide, D., *Rec. alph.*, v° *Dispositions entre-vifs et Testam.*, n°s 311, 312; Troplong, t. II, n°s 528-530).

466. — Nous devons toutefois mentionner l'article 10 du décret du 18 février 1809, relatif aux congrégations ou maisons hospitalières de femmes, et qui est ainsi conçu :

« Les religieuses hospitalières ne peuvent, par actes entre-vifs, ni renoncer à leurs biens au profit de leur famille, ni en disposer soit au profit de la congrégation, soit en faveur de qui que ce soit. »

Mais, aux termes de l'article 9 :

« Chaque hospitalière conserve l'entière propriété de ses biens et revenus, et le droit de les administrer et d'en disposer (par testament), conformément au Code civil. »

Cette différence entre la donation entre-vifs et le testament subsiste-t-elle encore?

Ou, au contraire, la loi du 24 mai 1825 n'a-t-elle pas abrogé l'article 10 du décret du 18 février 1809?

C'est ce que nous examinerons bientôt (*infra*, n° 575).

467. — III. Pothier enseignait « qu'un malade de la maladie dont il meurt par la suite, cesse d'être capable de donner entre-vifs, dès que sa maladie se déclare avoir un trait prochain à la mort. » (*Des Donations entre-vifs*, sect. I, art. 1.)

La coutume de Paris avait, en effet, consacré cette incapacité, dans son article 277, en ces termes :

« Toutes donations, encore qu'elles soient conçues entre-vifs, faites par personnes gisant au lit, malades de la maladie dont elles décèdent, sont réputées faites à cause de mort et testamentaires, et non entre-vifs. »

Telle était aussi la règle observée dans la plupart des provinces coutumières (comp. Orléans, art. 297; Nivernais, chap. XXVII, art. 15; Sens, art. 108; Normandie, art. 433; Auxerre, art. 218).

Cette règle pourtant était contraire au droit romain, qui ne destituait pas la donation entre-vifs de son caractère essentiel, par cela seul qu'elle avait été consentie par un donateur moribond..., *in extremis vitæ constitutus* (L. 42, § 1, ff. *De mortis causâ Donationibus*).

Et Furgole nous apprend que dans nos anciennes provinces du droit écrit, on pensait aussi que : « un malade, même à l'extrémité, peut donner entre-vifs; qu'on ne peut pas dire que ce soit une donation à cause de mort; que c'est une donation entre-vifs faite par un mourant. » (*Comment. sur l'ordonn. des Donations*, art. 4.)

D'où venait donc l'incapacité spéciale, que le droit coutumier avait établie pour ce cas?

Avait-elle, comme on l'a dit, pour but de protéger le malade contre sa propre faiblesse et de lui épargner les repentirs, auxquels il aurait pu être exposé, en cas de retour à la santé, s'il avait pu, durant une maladie qu'il croyait mortelle, se dépouiller actuellement et irrévocablement? (comp. Delaurière, *sur l'article* 277 *de la Cout. de Paris.*)

Cette raison-là sans doute ne serait pas sans valeur; et on comprendrait que le legislateur s'en fût préoccupé (*infra*, n° 526).

Mais il faut reconnaître pourtant que telle n'était pas la cause de cette incapacité, dans notre ancien droit coutumier.

La cause était ailleurs; et Guy-Coquille nous la révèle en ces termes :

« La différence d'entre le droit romain et le nôtre à cet égard, est que les héritages propres d'aucun sont affectés à la ligne; et n'en peut le propriétaire disposer en pleine liberté; mais le droit romain mettait toutes sortes de biens à parti pareil.... » (*Institutions du droit français*, *des Donations*, t. II, p. 82.)

C'est que, en effet, la quotité disponible par testament étant, comme nous l'avons dit (*supra*, n° 25), dans les pays de coutume, bien inférieure à la quotité disponible par donation entre-vifs, relativement aux propres, on n'avait pas voulu qu'il fût possible de tromper la prévoyance des coutumes, en faisant *in extremis vitæ*, des donations entre-vifs, qui ne seraient que des testaments, sous ce rapport que le disposant ne se dépouillerait plus lui même, mais dépouillerait seulement ses héritiers; et comme c'était précisément dans l'intérêt personnel du disposant que le droit coutumier avait trouvé sa garantie contre l'excès des donations entre-vifs relativement aux propres, il en était venu à assimiler la donation entre-vifs au testament, dès que cette garantie lui manquait.

On voit que tout cet ordre de considérations est étranger à notre droit nouveau, qui n'a fait aucune différence entre la quotité disponible par testament et la quotité disponible par donation entre-vifs.

Néanmoins, un article du projet de Code civil (l'article 54 de ce titre) portait que :

« La donation entre-vifs, qui sera faite dans les six jours, qui précéderont celui de la mort, ne vaudra que comme disposition testamentaire, soit qu'elle ait été

acceptée ou non avant le décès. » (Fenet, t. XII, p. 423.)

Mais le Tribunat fit observer que cette disposition, qui était empruntée à la jurisprudence ancienne, n'avait pas la même raison d'être dans le droit nouveau (Fenet, *loc. supra cit.*, p. 452); et l'article du projet fut retranché.

Cette incapacité spéciale du droit coutumier n'existe donc plus aujourd'hui; et toute personne est capable de donner entre-vifs, dans quelque situation de maladie où elle se trouve, lors même qu'elle viendrait à mourir presque immédiatement de cette maladie; elle est capable, disons-nous, si, bien entendu, on n'invoque pas d'autre cause d'incapacité que celle que l'on voudrait faire résulter de son état de maladie, au moment de la donation (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. I, § 2, n° 7, et sect. III, § 2, n° 5; Coin-Delisle, art. 894, n°s 34, 35, et art. 901, n° 2; Troplong, t. I, n°s 53-55).

F. — *De l'incapacité de disposer à titre gratuit, en ce qui concerne les faillis.*

SOMMAIRE.

468. — De l'incapacité des faillis de disposer à titre gratuit. — Renvoi.
469. — Cette incapacité s'applique à la donation entre-vifs, et non au testament.

468. — Nous n'avons pas à nous occuper de ce sujet particulier, qui appartient au droit commercial.

Qu'il nous suffise de rappeler que, aux termes de l'article 446 du Code de commerce :

« Sont nuls et sans effet relativement à la masse, « lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'é- « poque déterminée par le tribunal comme étant celle

« de la cessation de ses payements, et dans les dix « jours, qui auront précédé cette époque :

« . . . . . .

« Tous actes translatifs de propriétés mobilières ou « immobilières à titre gratuit. »

C'est là, en effet, une incapacité de disposer à titre gratuit, mais d'un caractère particulier, et qui n'a été introduite que dans l'intérêt des créanciers, *relativement à la masse.*

469. — L'article 446 a en vue les donations entre-vifs.

Quant aux testaments, ils ne peuvent, bien entendu, nuire aux créanciers, tant que le testateur failli existe !

Et s'il vient à décéder, c'est en vertu du droit commun que les légataires ne pourront pas être payés avant les créanciers du failli (comp. notre *Traité des Successions,* t. III, n° 295, et t. V, n° 122; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 130, note *b*, § 5-3°).

§ II.

Des incapacités relatives de disposer et de recevoir.

A. — *De l'incapacité du mineur ou de l'ex-mineur de disposer au profit de celui qui est ou qui a été son tuteur.*

SOMMAIRE.

470. — De l'incapacité du mineur de disposer par testament au profit de son tuteur; et de l'incapacité de l'ex-mineur de disposer soit entre-vifs, soit par testament, au profit de son ex-tuteur, avant la reddition du compte de tutelle. — Explication.

471. — Suite. — Historique.

472. — Suite. — Division.

473. — I. Le mineur, parvenu à l'âge de seize ans, qui pourrait disposer par testament d'une certaine portion de ses biens au profit de tout autre, n'en peut pas disposer au profit de son tuteur. — C'est en cela que consiste l'incapacité relative.

474. — Cette incapacité relative existe dans tous les cas, sans qu'il y ait lieu de distinguer si le mineur demeurait avec son tuteur, ou était éloigné de lui.

475. — Les simples legs rémunératoires ne sont pas exceptés.

476. — Le mineur pourrait-il disposer par testament au profit de celui qui aurait été son tuteur et qui ne le serait plus?

477. — Suite. — *Quid*, si l'ancien tuteur avait été nommé curateur du mineur émancipé?

478. — Suite. — Il faut d'ailleurs excepter le cas de dol et de fraude.

479. — II. Le mineur devenu majeur ne peut disposer, soit par donation entre-vifs, soit par testament, au profit de celui qui a été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré. — Motif.

480. — Cette incapacité relative dérive de l'article 472. — Conséquences.

480 *bis*. — Suite.

481. — Suite.

482. — Faut-il que le reliquat du compte ait été payé?

483. — L'incapacité prononcée par la seconde partie de l'article 907 s'applique au testament aussi bien qu'à la donation entre-vifs. — — Observation.

484. — A quelles personnes s'applique l'incapacité prononcée par les deux premiers alinéas de l'article 907?

485. — Suite. — Cette incapacité s'applique à tous les tuteurs.

486. — Suite. — *Quid*, pourtant, du tuteur honoraire?

487. — *Quid*, du tuteur d'un individu interdit légalement?

488. — *Quid*, du tuteur d'un individu interdit pour cause d'état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur?

489. — *Quid*, du tuteur *ad hoc*?

490. — *Quid*, du subrogé tuteur?

491. — *Quid*, du conseil de tutelle? — du curateur du mineur émancipé? — du conseil judiciaire? — des membres du conseil de famille? — des administrateurs ordinaires, mandataires, intendants, etc.?

492. — *Quid*, des instituteurs et institutrices? — des maîtres et maîtresses, à l'égard de leurs élèves ou apprentis?

493. — L'article 907 excepte des deux prohibitions, qu'il prononce, les ascendants des mineurs, qui sont ou qui ont été leurs tuteurs. — Motif.

494. — Suite.

495. — Suite. — Cette exception n'est point applicable aux ascendants par alliance.

496. — Elle n'est pas non plus applicable aux parents collatéraux.

497. — L'incapacité prononcée par l'article 907 est personnelle à celui qui est ou qui a été tuteur; et elle ne s'étend pas, après son décès, à ses héritiers.

498. — Quel est le caractère de l'incapacité que l'article 907 prononce ? — Est-ce une incapacité de disposer, ou une incapacité de recevoir ?

470. — D'après l'article 907 :

« Le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans, « ne pourra, même par testament, disposer au profit « de son tuteur.

« Le mineur, devenu majeur, ne pourra disposer, « soit par donation entre-vifs, soit par testament, au « profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte « définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et « apuré.

« Sont exceptés, dans les deux cas ci-dessus, les as- « cendants des mineurs, qui sont ou qui ont été leurs « tuteurs. »

Les rapports que la tutelle établit entre le tuteur et le mineur, l'autorité de l'un, la dépendance de l'autre, tels sont les motifs sur lesquels est fondée cette incapacité relative.

Ce n'est pas que le législateur ait présumé que toute libéralité, qui serait faite par un mineur à son tuteur durant la tutelle, ou par un ex-mineur à son ex-tuteur, avant la reddition du compte, serait nécessairement toujours le résultat d'un abus coupable de cette autorité.

Nous savons bien que l'on a souvent, dans notre ancien droit et dans notre droit nouveau, expliqué ainsi l'incapacité du tuteur, de même que l'incapacité prononcée par l'article 909 contre les médecins et les ministres du culte (comp. Meslé, *des Tutelles*, part. I, chap. XII, n° 4 ; Furgole, *des Testam.*, chap. V, sect. I, n° 11 ; Troplong, t, II, n°s 495 et 619).

Mais cette explication peut paraître excessive et injustement blessante pour une classe très-honorable de personnes. Ce que le législateur a voulu, c'est pré-

cisément d'écarter de ces situations les soupçons injurieux de ce genre ; il a considéré que ces libéralités, lors même qu'elles seraient l'expression libre de la volonté du disposant, pourraient paraître plus ou moins suspectes ; qu'il y avait là, d'ailleurs aussi des abus possibles, qu'il importait de prévenir, dans l'intérêt et pour l'honneur de tous ; et sa disposition ainsi entendue, comme elle doit l'être, à notre avis, est, en effet, préventive tout au moins autant que répressive.

471. — Le droit romain ne paraît point avoir prononcé contre les tuteurs d'incapacité semblable (comp. L. 28, § 4 et L. 31, § 2, ff. *De liberat. legat.*).

Et la prohibition écrite dans notre article 907 est d'origine française.

Établie d'abord par l'article 131 de l'Ordonnance de François Ier, du mois d'août 1539, confirmée et éclaircie ensuite par la Déclaration de Henri II, du mois de février 1549, elle fut enfin consacrée par la coutume de Paris, lors de sa réformation, dans l'article 276, qui était ainsi conçu :

« Les mineurs et autres personnes étant en puissance d'autrui, ne peuvent donner ou tester, directement ou indirectement, au profit de leurs tuteurs, curateurs, pédagogues, ou autres administrateurs, ou leurs enfants, pendant le temps de leur administration, et jusqu'à ce qu'ils aient rendu compte. Peuvent toutefois disposer au profit de leur père, mère, aïeul ou aïeule, ou autres ascendants, encore qu'ils soient de la qualité susdite ; pourvu que, lors du testament ou du décès du testateur, lesdits père, mère ou autres ascendants ne soient remariés. »

Plusieurs autres coutumes renfermaient aussi la même disposition (Orléans, art. 296 ; Calais, art. 68 ; Normandie, art. 439 ; Sedan, art. 127).

Cette disposition des coutumes, et notamment de la coutume de Paris, avait été, dans les provinces de droit écrit, considérée comme une espèce d'explication interprétative des Ordonnances royales; de sorte que son empire avait fini, comme celui de ces Ordonnances, par s'étendre, à peu près uniformément, dans tout le royaume (comp. Furgole, chap. VI, sect. II, n° 76; Ricard, *des Donat.*, part. I, chap. III, sect. IX, n°s 468 et suiv.).

472. — Notre Code, en prononçant aussi cette incapacité, ne l'a pas toutefois reproduite avec toute l'étendue que l'article 276 de la coutume de Paris lui avait donnée, et à laquelle la jurisprudence des arrêts avait même encore ajouté beaucoup (*infra*, n° 551).

Il importe donc de préciser aujourd'hui, d'après notre article 907, dans quels cas elle s'applique et à quelles personnes.

Or, l'incapacité prononcée par l'article 907 s'applique à deux cas; et elle s'oppose :

I. Soit à ce que le mineur dispose, par testament, au profit de son tuteur;

II. Soit à ce que le mineur devenu majeur, dispose, par donation entre-vifs, ou par testament, au profit de celui qui a été son tuteur, tant que le compte de la tutelle n'a pas été préalablement rendu et apuré.

473. — I. Il est bien entendu d'abord que le législateur n'avait pas à s'occuper ici du mineur, qui n'est point encore parvenu à l'âge de seize ans.

Le mineur au-dessous de seize ans étant, en effet, *absolument* incapable de disposer, au profit de qui que ce soit, entre-vifs ou par testament, il n'y avait pas lieu de le déclarer incapable *relativement* à son tuteur (art. 903; *supra*, n° 412).

Aussi, le premier alinéa de l'article 907, qui établit

cette incapacité relative, suppose-t-il qu'il s'agit d'un mineur *parvenu à l'âge de seize ans.*

A cet âge, le mineur pourrait, par testament, disposer, au profit de tout autre, de la moitié des biens, dont la loi permet au majeur de disposer (art. 904; *supra*, n° 413).

Et l'incapacité relative consiste précisément en ce qu'il ne peut pas disposer, même dans cette mesure, au profit de son tuteur.

474. — Cette incapacité est d'ailleurs prononcée par notre article 907 en termes généraux, et qui ne comportent aucune exception.

Il n'y a donc pas lieu de distinguer si le mineur était en la compagnie du tuteur, demeurant avec lui ou près de lui, ou bien s'il vivait séparé de lui par une distance plus ou moins grande, depuis plus ou moins de temps, dans une pension, ou au service militaire.

De Montholon, dans le chapitre LXVI de son recueil, avait autrefois exprimé une doctrine contraire, qui causait beaucoup de perplexité à Ricard, *n'étant pas*, dit-il, *assez hardi pour aller directement contre les termes d'une loi* (*de l'Ordonnance;* part. I, chap. III, sect. IX, n°s 462, 473; *voy.* aussi Duplessis, p. 548).

A plus forte raison, une telle hardiesse serait-elle aujourd'hui impossible; et déjà même, dans l'ancien droit, un arrêt du Parlement de Paris du 6 septembre 1653, rapporté par Ricard (*loc. supra.*), avait annulé le testament fait par un mineur au profit de son frère, qui était son tuteur, quoique le testament eût été fait à Paris par le mineur, qui y était mort de blessures qu'il avait reçues, tandis que son tuteur était à Clermont en Auvergne; et Davot disait aussi *ne pas douter* que le testament ne dût être déclaré nul (liv. I, traité VI, § 1, n° 7; comp. Grenier, t. I, n° 120; Coin-Delisle, art. 907, n° 6).

475. — Il n'y a pas non plus à s'occuper de l'importance ou de la modicité de la disposition testamentaire, qui aurait été faite par le mineur au profit de son tuteur.

Il ne faut pas même excepter les simples legs rémunératoires.

Lorsque le législateur a voulu excepter ces sortes de legs de la prohibition, qu'il prononçait, il a pris soin de s'en expliquer (*voy.* art. 909-1°); et notre article 907 ne renferme aucune exception (comp. Coin-Delisle, art. 907, n° 7; Marcadé, art. 907, n° 111).

476. — Mais le mineur pourrait-il disposer par testament au profit de celui qui aurait été son tuteur et qui ne le serait plus ?

La question peut se présenter dans deux cas, à savoir :

1° Lorsque le mineur a été émancipé ;

2° Lorsque le mineur étant resté en tutelle, le tuteur, d'abord en exercice, a cessé ses fonctions et a été remplacé par un autre tuteur.

Cette question, d'ailleurs, est délicate ; et trois opinions différentes se sont produites :

I. La première enseigne que le mineur, émancipé ou non émancipé, demeure, dans tous les cas, incapable de disposer au profit de celui qui a été son tuteur.

Tel est notamment l'avis très-ferme de M. Bayle-Mouillard, qui enseigne que *l'opinion contraire ne peut se soutenir en présence des termes si formels de l'article* 907. Cet article, en effet, dit le savant magistrat, ne permet au tuteur de recevoir de son ancien pupille que sous deux conditions : 1° que le mineur sera devenu majeur ; 2° que le compte de tutelle aura été définitivement réglé. Il faut donc, tout à la fois, que les relations d'intérêt aient cessé et que la capacité intellectuelle soit complétement acquise ; que le testateur connaisse bien sa position relativement à l'ancien administrateur de ses biens et que l'âge le protége contre

l'ascendant moral excessif que pourrait conserver l'ancien administrateur de sa personne (sur Grenier, t. I, n° 118, note *a*; comp. Bruxelles, 14 déc. 1814, Lievens, *J. du P.*, t. XII, p. 90; Metz, 18 janv. 1821, Rousseaux, Dev. et Car., 6, II, 353; Saintespès-Lescot, t. I, n° 209).

II. D'après la seconde opinion, qui est celle de M. Coin-Delisle, le mineur, émancipé ou non, pourrait disposer au profit de son ancien tuteur, mais sous la condition non-seulement que celui-ci aurait rendu son compte au tuteur qui lui aurait succédé ou au mineur émancipé assisté de son curateur, mais encore qu'il en aurait payé le reliquat; car, tant qu'il n'a pas définitivement vidé ses mains, il n'est pas quitte de son administration; et il n'a pas encore entièrement perdu cette qualité de tuteur, qui causait la prohibition (art. 907, n°s 4 et 13, note).

III. Enfin, la troisième opinion, que nous croyons devoir proposer, consiste à dire que le mineur, émancipé ou non, peut disposer au profit de son ancien tuteur, dès que le compte de tutelle de celui-ci a été rendu et apuré, sans qu'il soit nécessaire que le reliquat en ait été payé :

1° Telle était déjà l'ancienne jurisprudence, attestée par Ricard, qui enseignait que « *sitôt que le tuteur et le curateur sont quittes de leur administration, ils sont rétablis dans la capacité de recevoir les effets de la libéralité de ceux qui ont été autrefois soumis à leur conduite...* » (*loc. supra cit.*, n°s 457, 458).

Et il nous paraît certain que tel est encore aujourd'hui notre droit, d'après l'article 907.

2° L'article 907 est composé, en effet, de deux parties qui ont sans doute entre elles beaucoup d'affinité, mais qui n'en sont pas moins pourtant distinctes et qu'il importe de ne point confondre.

La première partie s'occupe de celui qui est encore mineur; et la seconde s'occupe du mineur, qui est *devenu majeur*.

Dans notre hypothèse, il s'agit de celui qui est encore mineur; et c'est par conséquent la première partie de l'article qui doit en être la règle;

Or, d'une part, cette première partie de l'article 907 décide que le mineur ne peut pas disposer *au profit de son tuteur;* d'autre part, dans notre hypothèse, celui au profit duquel le mineur a disposé, n'est pas son tuteur; — il l'a été! — D'accord; mais il ne l'est plus! il ne l'était pas, lorsque le mineur a disposé à son profit;

Donc, le mineur n'a pas disposé au profit de son tuteur; donc, d'après la première partie de l'article 907, l'un n'était pas plus incapable de disposer que l'autre n'était incapable de recevoir.

3° On objecte la seconde partie de l'article 907; et l'on se récrie en disant qu'il est inadmissible que celui qui est encore mineur puisse disposer au profit de son ancien tuteur, plus librement que ne pourrait faire le mineur devenu majeur! or, le mineur, devenu majeur, ne peut disposer au profit de son ancien tuteur que lorsque le compte de la tutelle a été préalablement rendu et apuré.

Nous admettons l'objection, en ce sens que notre avis est effectivement que celui qui est encore mineur ne pourra disposer au profit de son ancien tuteur, que lorsque le compte de celui-ci aura été préalablement rendu et apuré; car il est évident que cette condition, qui est exigée du mineur devenu majeur, est par cela même exigée aussi de celui qui est encore mineur, lorsqu'il dispose au profit de celui qui a été son tuteur.

Mais cette condition une fois remplie, nous cher-

chons où serait l'incapacité, et nous ne la trouvons pas!

Quand la première opinion nous oppose la seconde partie de l'article 907, elle se méprend certainement, suivant nous; car c'est la première partie qui est ici applicable, puisqu'il s'agit d'un mineur.

Et la seconde opinion ne se méprend pas moins, lorsqu'elle exige que, dans ce cas, le reliquat du compte soit payé! — Eh! pourquoi donc? M. Coin-Delisle lui-même n'exige pas que le reliquat du compte soit payé pour que le mineur devenu majeur puisse disposer au profit de celui qui a été son tuteur; il enseigne lui-même, et très-justement (*infra*, n° 482), qu'il suffit, d'après les termes de l'article 907, que le compte soit rendu et apuré; or, il nous paraît impossible de comprendre le motif de cette différence entre les deux cas; et pourquoi la gestion tutélaire que la loi répute finie par la reddition et l'apurement de compte dans l'un, ne serait réputée finie, dans l'autre, que par le payement du reliquat!

4° Ajoutons enfin que la doctrine contraire serait d'une rigueur excessive, en maintenant ainsi, quand même! l'incapacité du mineur vis-à-vis de celui, qui a été son tuteur, et qui ne l'est plus, et qui n'a plus, avec lui, aucun des rapports de la tutelle! (Comp. Aix, 14 mai 1860, Vouland, Dev., 1861, II, 268; Delvincourt, t. II, p. 59, note 10; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 447; Aubry et Rau, t. V, p. 434; Marcadé, art. 907, n° 3; Troplong, t. II, n° 621; Demante, t. IV, n° 27 *bis*, I.)

477. — Nous croyons même que la conclusion, qui précède, devrait être maintenue dans le cas où l'ancien tuteur aurait été nommé curateur du mineur émancipé; car l'incapacité prononcée par l'article 907 ne s'applique pas au mineur émancipé vis-à-vis de

son curateur (*infra*, n° 491; comp. Delvincourt, *loc. supra cit.*).

478. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que nous réservons toujours les cas de dol et de fraude.

C'est ainsi que Ricard écrivait que :

« S'il paraissait que le tuteur eût procuré sa décharge prématurément, soit en faisant nommer un autre tuteur en sa place, soit en faisant émanciper ses mineurs avant l'âge ordinaire, avec dessein de les faire disposer en sa faveur, directement ou indirectement, il y aurait lieu de prononcer la nullité de la donation, parce que le cas de fraude doit toujours être excepté de la règle. » (Ire partie, chap. III, sect. IX, n° 459.)

Cette proposition est encore vraie; l'article 907, sans doute, ne serait plus alors applicable, puisqu'il ne s'agit plus d'une disposition faite par un mineur au profit de son tuteur; mais on appliquerait l'article 901, entendu dans le sens large et élevé, qui lui a été donné par la jurisprudence et par la doctrine (comp. *supra*, nos 332 et suiv.; Coin-Delisle, art. 907, n° 5).

479. — II. D'après le second alinéa de l'article 907, le mineur, devenu majeur, ne peut disposer, soit par donation entre-vifs, soit par testament, au profit de celui qui a été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle, n'a été préalablement rendu et apuré.

C'est une application de l'ancien principe, que nous avons exposé ailleurs, savoir : que la tutelle est réputée durer, dans les rapports de l'ex-mineur et de l'ex-tuteur, tant que le compte de tutelle n'est pas rendu et apuré (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. II, nos 23, 63, 64).

Et cette application est ici notamment très-rationnelle et très-prévoyante; jusque-là, en effet, dit Ricard, le tuteur tient encore indirectement le pupille en sa

puissance (*loc. supra cit.*, n° 455; ajout. Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. I. art. 11, § 9; et sur l'article 276 de la cout. d'Orléans, note 8).

480. — Cette incapacité est donc aussi une application de l'article 472, d'après lequel tout traité, qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, sera nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives; le tout constaté par un récépissé de l'oyant-compte, dix jours au moins avant le traité (comp. notre Traité précité, t. II, n° 69).

De là résultent les conséquences suivantes :

1° Il faut que le compte ait été, en effet, rendu et apuré, conformément aux conditions prescrites par l'article 472, pour que l'incapacité prononcée par l'article 907, ait cessé d'exister.

2° Par suite, l'annulation ultérieure du compte, qui aurait été rendu, aurait pour résultat que l'incapacité prononcée par l'article 907, devrait être considérée comme n'ayant pas cessé d'exister (comp. Cass., 15 fév. 1827, Lavéant, Sirey, 1827, I, 335; de Fréminville, *de la Minorité*, t. II, n° 987).

3° Enfin, l'incapacité prononcée par l'article 907 cesse d'exister, lorsque dix ans s'étant écoulés depuis la majorité du mineur, il n'y a plus lieu à l'observation des conditions prescrites par l'article 472 pour la reddition du compte, puisque l'action en reddition de compte est elle-même éteinte par la prescription; d'autant plus que le long intervalle de temps, qui s'est écoulé depuis l'expiration de la tutelle, ne permet plus raisonnablement de craindre les abus d'influence de la part de l'ancien tuteur envers son ancien pupille (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. II, n° 89; Colmar, 19 janv. 1842, Zimmermann, D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et*

Testam., n° 347; Toullier, t. III, n° 73; Grenier, t. I, n° 119; Duranton, t. VIII, n° 199; Coin-Delisle, art. 907, n° 13; Troplong, t. II, n° 622; Zachariæ Aubry et Rau, t. V, p. 434; Demante, t. IV, n° 27 *bis*, IV; *voy.* pourtant Montpellier, 21 déc. 1837, Domeizel, D., *loc. supra*, n° 351).

480 *bis*. — M. Duranton, toutefois, a contesté la première de ces déductions; et il enseigne « que la loi n'exige pas, pour la validité *des dons*, comme elle l'exige pour la validité des traités, que l'acte contenant la libéralité ait été précédé de la remise des pièces justificatives du compte constatée par un récépissé du disposant, dix, jours au moins avant le traité. » (T. VIII, n° 199; comp. aussi Aix, 2 févr. 1841, Audibert, D., 1841, II, 98; D., *Rec. alph.*, *loc. supra*, n° 346.)

Mais il nous paraît facile de répondre :

Lorsque l'article 907 déclare que l'incapacité du mineur, relativement à son ancien tuteur, subsiste, tant que le compte de celui-ci n'a pas été rendu et apuré, il est évident qu'il fait subsister cette incapacité, tant que le compte n'a pas été régulièrement rendu et apuré;

Or, aux termes de l'article 472, le compte de tutelle n'est pas régulièrement rendu, si les formalités qu'il a prescrites, n'ont pas été accomplies;

Donc, à défaut d'accomplissement de ces formalités, le compte n'étant pas rendu aux yeux de la loi, l'incapacité n'a pas cessé d'exister.

Est-ce que, en effet, après le compte irrégulièrement rendu, le mineur devenu majeur ne peut pas demander un nouveau compte? oui sans doute; or, s'il peut encore demander le compte de son ancien tuteur, c'est donc que ce compte ne lui a pas été rendu!

Et cela est raisonnable et logique. La loi veut que, avant de disposer au profit de son tuteur, le mineur

ait été éclairé par la reddition de son compte; et elle ne le suppose éclairé que par une reddition de compte régulièrement faite (comp. Coin-Delisle, art. 907, n° 14; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 447; Aubry et Rau, t. V, p. 434; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 119, note *a;* Demante, t. IV, n° 27 *bis*, IV).

481. — C'est aussi parce que le compte doit être régulier, qu'il est nécessaire qu'il soit complet.

Si donc le tuteur a reçu lui-même le compte d'un tuteur précédent, il doit comprendre, dans son propre compte, le tableau des deux administrations, de celle de son prédécesseur et de la sienne; autrement le compte n'ayant pas été régulièrement rendu, l'incapacité prononcée par l'article 907 n'aurait pas cessé d'exister (comp. Cass., 25 juin 1839, Pilet, Dev., 1839, I, 688; Bayle-Mouillard, *loc. supra ; voy.* aussi notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. II, n° 105).

482. — Faut-il aussi que le reliquat ait été payé?

Ricard l'enseignait dans notre ancienne jurisprudence (part. I, chap. III, sect. IX, n° 455).

Mais son annotateur, Bergier, remarquait que cette condition ne pouvait pas être raisonnablement exigée.

« Les seuls rapports, disait-il, qui subsistent entre l'ex-mineur et l'ex-tuteur *jusqu'au payement du reliquat*, quels sont-ils? ceux du créancier et du débiteur...; or, comment concevoir que l'incapacité du tuteur, qui n'a d'autre base que la dépendance du mineur, subsiste, après que cette dépendance, non-seulement s'est évanouie, mais s'est convertie en sujétion, et que le mineur a pris la haute main ! » (*Loc. supra*, note *b*.)

Aussi, telle était autrefois la doctrine la plus générale (comp. Furgole, *Questions sur l'Ordonn. des Donations*, quest. 36, n°s 12-21 ; Pothier, *des Donations en-*

tre-vifs, sect. I, art. 2, § 8; Ferrières, *sur l'article* 276 *de la Cout. de Paris*, gloss. 1, n° 21; Basnage, sur l'article 439 de la Cout. de Normandie).

Cette doctrine nous paraît être encore la seule vraie ;

Notre article 907 exige, en effet, seulement que le compte ait été *rendu et apuré;* or, le compte est rendu et apuré, lorsqu'il est *liquidé,* et avant même que le reliquat ait été payé effectivement; donc, le payement du reliquat n'est pas nécessaire.

Et il l'est si peu que rien ne s'oppose à ce que ce reliquat lui-même soit l'objet d'une libéralité que l'ex-mineur ferait à son ancien tuteur (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle* , etc., t. II, n° 130; Rapport fait au Tribunat par M. Jaubert, Locré, *Législ. civ.*, t. XI, p. 441 ; Toullier, t. III, n° 63; Duranton, t. VIII, n° 199; Grenier, t. I, n° 119; Coin-Delisle, art. 907, n° 13; Troplong, t. II, n° 622; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 424; Massé et Vergé, t. I, p. 437; Demante, t. IV, n° 27 *bis*, III).

483. — L'incapacité prononcée par la seconde partie de l'article 907, s'applique au testament aussi bien qu'à la donation entre-vifs.

Les termes de la loi sont formels.

M. Duranton a remarqué que cette incapacité, facile à comprendre, en ce qui concerne la donation entre-vifs, « n'était pas, au contraire, en ce qui concerne le testament, fondée sur des motifs raisonnables, et que assurément la loi aurait besoin d'être modifiée en ce point. » (T. VIII, n° 198 ; ajout. Armand Dalloz, v° *Dispositions entre-vifs*, n° 171 ; Poujol, art. 907, n° 4.)

Mais nous ne voudrions pas nous associer à cette critique.

De deux choses l'une :

Ou le mineur, devenu majeur, après avoir fait un testament au profit de son ancien tuteur avant la red-

dition du compte de tutelle, est décédé avant que le compte lui ait été rendu ; et alors, les motifs, sur lesquels repose l'incapacité prononcée par l'article 907, se présentent dans toute leur force; ne faut-il pas craindre, en effet, que le tuteur, voyant l'ex-mineur menacé d'une mort prochaine, n'abuse de son ascendant pour lui surprendre ou lui arracher un testament, qui l'affranchira, en tout ou en partie, de son obligation de rendre compte; et que l'ancien pupille, dont la volonté est peut-être déjà défaillante, ne dispose sous la pression de cette influence et sans savoir de quoi il dispose! est-ce que même le danger du testament, beaucoup plus facile à obtenir, n'est pas alors plus considérable que le danger d'une donation entre-vifs!

Ou le mineur, devenu majeur, a survécu à la reddition de son compte de tutelle; et alors, il peut, s'il y persiste, recommencer le testament qu'il aurait fait au profit de son ancien tuteur, avant que le compte lui eût été rendu ; mais il faut qu'il le recommence ; et cette nécessité, après tout, n'a rien de fâcheux, en comparaison des inconvénients si graves, que nous venons de signaler, et que l'article 907, en ne distinguant pas le testament d'avec la donation entre-vifs, a eu pour but de prévenir (comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 118, note *b*).

484. — Il est essentiel de préciser à quelles personnes s'applique l'incapacité prononcée par les deux premiers alinéas de notre article 907.

Or, des termes de cet article et des motifs sur lesquels il est fondé, nous croyons que l'on peut déduire la règle suivante, à savoir : que cette incapacité s'applique à tous ceux, qui ont ou qui ont eu, en qualité de tuteur, l'administration de la personne et des biens d'un mineur :

A tous ceux-là, disons-nous ;

Mais aussi rien qu'à ceux-là.

485. — C'est ainsi d'abord que l'article 907 est applicable :

A tous les tuteurs, testamentaires ou datifs ;

Au protuteur (art. 417 ; Cass., 27 nov. 1848, Aigoin, Dev., 1849, I, 12 ; comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, n° 211 ; et t. II, n° 84) ;

Au cotuteur (art. 395, 396 ; *voy.* notre Traité précité, t. I, n° 135 et t. II, n° 84) ;

Au tuteur officieux (art. 370 ; *voy.* notre *Traité de l'Adoption et de la Tutelle officieuse*, etc., n° 236) ;

Au tuteur de fait, aussi bien qu'au tuteur de droit, c'est-à-dire à celui qui sans avoir, en effet, la qualité légale de tuteur, a géré comme s'il l'avait, *pro tutore* (comp. art. 395 ; Metz, 18 janv. 1821, Housseaux, Sirey, 1822, II, 362 ; Cass., 14 nov. 1836, Domeizel, Dev., 1837, I, 88 ; Montpellier, 21 déc. 1837, Domeizel, Dev., 1838, II, 390 ; Vazeille, art. 907, n° 6 ; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 65, note *a* ; Troplong, t. II, n° 625 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 122, note *a* ; Saintespès-Lescot, t. I, n° 214 ; *voy.* aussi notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, n° 128 et t. II, n° 84).

486. — Pothier pensait, contrairement à l'opinion de Ricard (*loc. supra*, n° 476), que cette incapacité devait aussi atteindre le tuteur honoraire, qui, disait-il, quoiqu'il n'administre pas les biens, qui sont administrés par un tuteur onéraire, a néanmoins le gouvernement de la personne du mineur (*des Donations entre-vifs*, sect. I, art. 2, § 8 ; et *sur l'article* 276 *de la Cout. de Paris*, note 4).

Nous n'avons plus, en principe, de tuteurs honoraires (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, n°s 220, 221 et t. II, n° 115).

Mais s'il était arrivé néanmoins qu'un tuteur de

cette qualité eût été nommé, il faudrait voir quel rôle lui a été fait et s'il a pris part à l'administration de la tutelle.

A-t-il été nommé, par exemple, par le dernier mourant des père et mère, seulement comme un simple conseil de tutelle? l'article 907 ne lui serait pas applicable.

Mais a-t-il été, au contraire, chargé de l'administration de la personne du mineur? nous croirions, avec Pothier, que l'incapacité de recevoir du mineur l'atteindrait, en ajoutant toutefois aussi, avec lui, que, comme il n'aurait aucun compte à rendre, cette incapacité cesserait à son égard, aussitôt la tutelle finie (comp. Coin-Delisle, art. 907, n° 11).

487. — Il ne paraît guère contestable que l'article 907 ne doit pas être appliqué au tuteur d'un individu interdit légalement aux termes de l'article 29 du Code pénal.

On ne se trouve pas, en effet, seulement dans ce cas, en dehors du texte, qui n'est relatif qu'au tuteur du *mineur... au mineur devenu majeur;* mais les motifs essentiels de ce texte font également défaut, puisqu'il n'y a point cette soumission d'un côté, cette influence morale de l'autre, qui sont les causes de cette incapacité relative (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 435).

488. — C'est là déjà, suivant nous, un motif de croire que l'article 907 n'est pas non plus applicable au tuteur de l'individu interdit pour cause d'état habituel de démence, d'imbécillité ou de fureur (art. 489).

Cette seconde proposition toutefois est plus délicate; et elle est, en effet, l'objet de sérieuses dissidences.

Pour soutenir, au contraire, que l'article 907 est alors applicable, on peut invoquer :

1° L'article 509, qui porte que : « l'interdit est assi-

« milé au mineur pour sa personne et pour ses biens ;
« et que les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits ; »

2° L'article 472, qui est applicable au compte, qui doit être rendu par le tuteur à l'interdit relevé de son interdiction, et dont l'article 907 n'est lui-même qu'une conséquence ;

3° Les motifs enfin sur lesquels est fondé l'article 907 ; car le tuteur peut acquérir sur le malheureux interdit, dont la personne et les biens sont confiés à son administration, un ascendant moral dont il était sage de prévenir les abus. Telle est la doctrine qui a été consacrée par la Cour de Rennes (11 août 1838, Pilet); et, chose remarquable ! lors du pourvoi qui a été formé contre son arrêt, on n'a pas même présenté, devant la Cour de cassation, le moyen déduit de ce que l'article 907 aurait été violé et faussement appliqué au tuteur d'un interdit; ce qui fait que la Cour de cassation, tout en rejetant le pourvoi, n'a pas statué sur ce moyen (25 juin 1839, Pilet, Dev., 1839, I, 688; comp. aussi Guilhon, *des Donations*, n° 79; Coin-Delisle, art. 907, n° 12; Taulier, t. IV, p. 30).

Nous ne croyons pas néanmoins que ces arguments soient décisifs :

1° L'article 509, dit-on, dispose que l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens.

Il est vrai; mais cet article lui-même détermine le caractère et l'étendue de cette assimilation, en ajoutant que les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits.

Les lois sur la tutelle...; or, l'article 907 n'est pas une loi *sur la tutelle* des mineurs; il appartient à un autre ordre de principes ; il règle, en dehors de l'administration de la tutelle, une certaine espèce de relations

entre le mineur ou l'ex-mineur et celui qui est ou qui a été son tuteur.

2° Quant à l'article 472, bien que nous pensions qu'il est applicable au compte qui doit être rendu par le tuteur de l'interdit (*voy.* notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. II, n° 685), il ne nous paraît pas s'ensuivre qu'il doive nécessairement amener l'application de l'article 907. Que cet article 907 se rattache, à certains égards, et même, par une relation assez prochaine, à l'article 472, c'est ce que nous avons constaté nous-même (*supra*, n° 480); mais nous avons aussi reconnu que les deux dispositions des articles 472 et 907 n'en étaient pas moins distinctes, et que l'application de l'un ne dépendait pas de l'application de l'autre; c'est ainsi que l'article 472 est applicable aux père et mère, ou aux autres ascendants qui ont été tuteurs de leurs enfants, et que néanmoins l'article 907 ne leur est pas applicable; c'est ainsi encore que l'article 472 (nous le croyons du moins), est applicable aux héritiers du tuteur, tandis que nous allons voir (*infra*, n° 497), que l'article 907 ne leur est pas applicable (comp. notre *Traité de la Minorité*, *de la Tutelle*, etc., t. II, n°s 82, 86, 87).

3° Il ne nous paraît pas d'ailleurs exact de dire que les motifs sur lesquels est fondé l'article 907, soient applicables au tuteur d'un interdit : soit parce que, durant la tutelle, il n'y a pas, le plus ordinairement, entre l'un et l'autre, les mêmes rapports personnels qui existent entre le tuteur et le pupille; soit parce que, après la tutelle, l'individu relevé de son interdiction, peut être un homme mûr, dans toute la force de l'âge et de la volonté. Nous ne nierons pas toutefois que pour ceux, qui, comme nous, pensent que l'interdit peut disposer par testament dans ses intervalles lucides, on aurait pu souhaiter qu'il fût déclaré inca-

pable de disposer au profit de son tuteur ; mais le législateur ne l'a pas décidé ainsi ; et il n'y aurait là, en fait qu'une question de suggestion et de captation à résoudre d'après les circonstances, dans le cas où elle serait soulevée.

4° Ajoutons enfin que s'il eût été dans l'intention du législateur d'appliquer l'article 907 au tuteur de l'interdit, il n'aurait pas manqué sans doute d'ajouter, pour cette hypothèse, d'autres exceptions à celle qu'il a faites seulement en faveur des ascendants, qui sont ou qui ont été tuteurs; car l'interdit peut avoir pour tuteur son conjoint ou son enfant ; et certes un tel tuteur aurait bien mérité aussi que l'on fît exception pour lui, si, en effet, il avait été compris dans la règle ; or l'absence de toute exception de ce genre nous paraît être une preuve de plus que la règle elle-même n'est pas alors applicable. Cette conclusion semble d'autant plus devoir être admise que le principe général, y eût-il doute, c'est la capacité de disposer et de recevoir ! (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 435 ; Marcadé, art. 907, n° 5 ; Demante, t. IV, n° 27 *bis*, II; D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et Testam.*, n° 355).

489. — Faut-il appliquer l'article 907 au tuteur *ad hoc?*

Oui, a-t-on répondu, *parce qu'il est un véritable tuteur pour l'affaire particulière.* (Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 446).

Mais pourtant un simple tuteur *ad hoc* n'exerce aucune autorité sur la personne du mineur ; et il n'a pas non plus l'administration de ses biens. Aussi, Pothier enseignait-il que l'article 276 de la Coutume de Paris ne s'appliquait pas *au tuteur aux actions contraires, ni au curateur aux causes* (*loc. supra cit.*).

Et nous pensons qu'il faut en dire autant de l'arti-

cle 907, à l'égard du tuteur *ad hoc*, qui n'est pas, en effet, un véritable tuteur, dans le sens que cet article a en vue (comp. Coin-Delisle, art. 907, n° 10; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 435; Demante, t. IV, n° 27 *bis*, 11; Marcadé, art. 907, n° 3; Troplong, t. II, n° 624).

490. — Il en est de même du subrogé tuteur, qui n'administre ni la personne ni les biens, et qui n'a point de compte à rendre.

Ce motif même témoigne que la solution serait différente, si le subrogé tuteur, et le tuteur *ad hoc*, ne s'étaient pas renfermés dans la limite de leur mandat, et s'étaient constitués de véritables *tuteurs de fait;* mais, alors ce serait en cette qualité de tuteur de fait, et non point comme *tuteur ad hoc* ou comme *subrogé tuteur*, que l'incapacité prononcée par l'article 907 les atteindrait (comp. notre *Traité de la Minorité*, *de la Tutelle*, etc., t. II, n° 85).

491. — A plus forte raison, ne doit-on pas hésiter à declarer l'article 907 inapplicable :

Au conseil de tutelle (art. 391);

Au curateur du mineur émancipé (art. 480 et suiv.; *voy*. notre Traité précité, t. II, n° 257);

Au conseil judiciaire (art. 499, 513);

Aux membres du conseil de famille (art. 406 et suiv.);

Et aussi, bien entendu, aux administrateurs ordinaires, aux mandataires, aux intendants, ou aux gérants d'affaires!

Car aucun d'eux n'est tuteur! et les motifs de l'incapacité décrétée par l'article 907 ne se rencontrent plus!

Il est vrai pourtant que certaines de ces situations peuvent n'être pas exemptes des dangers, que l'article 907 a voulu prévenir; et, par exemple, il ne serait pas impossible que le conseil judiciaire d'un prodigue ou d'un faible d'esprit cherchât, par de coupables complaisances pour l'un et par un abus d'autorité sur

l'autre, à obtenir d'eux des dispositions testamentaires à son profit (comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 122, note *a; voy.* aussi l'article 566 du Code du canton de Vaud).

Mais le législateur a pu craindre d'élargir trop le cercle de ces incapacités ; et comme, après tout, l'autorité de ces conseils judiciaires n'est pas, à beaucoup près, la même que celle des tuteurs, il a mieux aimé laisser aux magistrats le soin d'apprécier, en fait, le caractère des dispositions de ce genre, si elles étaient attaquées pour cause de captation, de suggestion ou de violence.

492. — C'est par les mêmes motifs que notre Code n'a pas reproduit non plus cette partie de l'article 276 de la Coutume de Paris, qui déclarait que les mineurs ne pouvaient pas disposer au *profit de leurs pédagogues ou autres administrateurs.*

Ces mots avaient même autrefois reçu une interprétation assez large; et notre ancienne jurisprudence y comprenait les précepteurs, gouverneurs, instituteurs ou institutrices, régents de collége, maîtres ou maîtresses de pensions, supérieurs ou supérieures de couvents ou de communautés, et même aussi les maîtres ou maîtresses dans les arts ou dans les métiers, ou dans le commerce, à l'égard de leurs apprentis; c'est ainsi que Ricard rapporte un arrêt qui déclara nul, pour cette cause, le testament fait au profit d'un apothicaire par son apprenti (part. I, chap. III, sect. I, n°s 482, 483; comp. Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect I, art. 11, § 8 ; et sur l'article 276 de la Cout. de Paris, note 5).

Delvincourt a enseigné que cette incapacité existait encore, du moins en ce qui concerne les maîtres et maîtresses de pensions, et les instituteurs et institutrices, dont l'influence est naturellement très-grande

sur l'esprit de leurs pensionnaires et de leurs élèves ; et il en donne ce motif : *Ubi eadem est decisionis ratio, ibi eadem esse debet decisio* (t. II, p. 60, note 2).

Mais il est clair que, à supposer même l'identité des motifs entre le cas exprimé par le texte et le cas, qu'il n'a pas exprimé, il ne serait pas permis d'étendre ainsi, de l'un à l'autre, une incapacité par voie d'interprétation.

Ajoutons que les motifs d'ailleurs ne sont point absolument les mêmes ; et que tout autre est l'autorité, plus ou moins accidentelle, des maîtres et des instituteurs, autorité qu'ils n'exercent sur leurs élèves que par délégation, et en quelque sorte par emprunt ; autre, l'autorité permanente et directe, qui appartient aux tuteurs sur leurs pupilles !

Concluons donc qu'aucune des incapacités, que nous venons de rappeler, n'existe plus aujourd'hui (comp. Grenier, t. I, nos 122, 123 ; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a* ; Toullier, t. III, n° 65 ; Vazeille, art. 907, n° 1 ; Marcadé, art. 907, n° 1 ; Coin-Delisle, art. 907, n° 8 ; Saintespès-Lescot, t. I, n° 216 ; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, nos 353 et 361 ; Troplong, t. II, n° 624).

493. — Notre article 907 excepte des deux prohibitions qu'il prononce, les ascendants des mineurs qui sont ou qui ont été leurs tuteurs.

C'est que, en effet, alors la libéralité s'explique et se justifie par les rapports mêmes de cette étroite et sainte parenté ! c'est qu'il eût été plus que rigoureux, il n'eût pas été moral de comprimer dans le cœur de l'enfant, ces témoignages de sa piété filiale ! c'est que, enfin, si on avait appliqué cette incapacité aux ascendants tuteurs, il aurait fallu, pour être conséquent, déclarer incapables tous les ascendants, même non tuteurs ! car leur influence sur leur enfant, ils la doivent à leur titre même d'ascendant, à leur tendresse

pour lui, à sa reconnaissance pour eux, et non point à leur titre de tuteur !

Aussi, notre ancien droit avait-il admis également cette exception.

494. — Toutefois, l'article 276 de la coutume de Paris, où elle était consacrée, ajoutait :

« Pourvu que, lors du testament ou du décès du testateur, lesdits père, mère ou autres ascendants ne soient remariés. »

L'article 907 n'a pas reproduit cette restriction ; et il y a d'autant moins lieu de l'y ajouter, que le législateur, lorsqu'il a voulu que le second mariage de l'ascendant modifiât sa position vis-à-vis de son enfant, a pris le soin de s'en expliquer (comp. art. 206, 386, 395, 396, 399, 1098).

495. — Mais, d'ailleurs, cette exception, fondée sur les sentiments de famille et sur les affections, qu'ils supposent, n'est faite que pour les ascendants eux-mêmes.

Et, par conséquent, elle ne serait pas applicable aux ascendants par alliance, et notamment au second mari de la mère tutrice des enfants de son premier lit (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, t. II, n° 70; Metz, 18 janv. 1821, Houzeaux, Sirey, 1822, II, 362; Delvincourt, t. II, p. 203; Duranton, t. VIII, n° 201; Coin-Delisle, art. 907, n°s 9, 10; Troplong, t. II, n° 628; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 435; Massé et Vergé, t. I, p. 446).

496. — A plus forte raison, serait-il impossible d'étendre à aucun collatéral, qu'il fût ou non héritier présomptif du mineur, l'exception que l'article 907 n'applique qu'aux ascendants.

Les doutes, que l'on avait éprouvés, autrefois, dans certaines provinces de droit écrit, où plusieurs voulaient dispenser de la rigueur de l'Ordonnance les plus proches parents du défunt (comp. Ricard, *loc. supra*,

nos 468, 470), ces doutes ne seraient plus permis aujourd'hui.

Ajoutons que, à s'engager dans cette voie, on risquerait fort de voir bientôt la règle elle-même absorbée dans les exceptions ; est-ce que, en effet, le plus ordinairement, les tuteurs des mineurs ne sont pas leurs plus proches parents !

L'article 909 excepte, il est vrai, de l'incapacité qu'il prononce, les parents jusqu'au quatrième degré ; mais précisément, l'article 907 ne renferme aucune exception semblable ; et nous venons d'indiquer le motif de cette différence.

497. — Il faut enfin remarquer que l'incapacité prononcée par l'article 907 est personnelle au tuteur ou à celui qui a été tuteur.

Elle ne saurait donc être étendue, après son décès, à ses héritiers, quels qu'ils soient, descendants ou autres.

Après son décès, disons-nous ; car tant qu'il existe lui-même, l'incapacité existe, avec toutes ses conséquences, et dès lors, avec la présomption légale d'interposition de personnes, relativement aux libéralités qui auraient été faites à ses descendants (art. 911 ; comp. Pothier, sur l'article 276 de la Cout. d'Orléans, note 7 ; et Traité *des Donations entre-vifs*, sect. I, art. 1, § 8).

Mais, au contraire, lorsqu'il est décédé, et que, avec lui, l'incapacité s'est éteinte, rien ne fait obstacle à ce que le mineur ou l'ex-mineur puisse disposer au profit de ses héritiers, comme il pourrait disposer au profit d'autres personnes.

MM. Massé et Vergé, qui paraissent l'enseigner ainsi, ajoutent toutefois cette condition : « *Pourvu, bien entendu, que les héritiers du tuteur décédé remplissent les conditions, qui seraient imposées au tuteur lui-même par l'article* 907. » (T. III, p. 40.)

Mais alors cela revient à dire qu'ils sont frappés, comme le tuteur lui-même, de l'incapacité prononcée par l'article 907 !

Aussi, pensons-nous, au contraire, que puisque, d'une part, cette incapacité ne les atteint pas, et que d'autre part, cette incapacité du tuteur consiste à ne pas pouvoir recevoir de son ancien pupille, tant que le compte de la tutelle n'a pas été rendu et apuré, les héritiers du tuteur peuvent recevoir, lors même que le compte n'a pas été rendu et apuré.

C'est ainsi que Davot disait formellement autrefois que les enfants du tuteur ne sont pas incapables de recevoir, *lors même qu'ils n'auraient pu rendre le compte de leur père* (liv. I, traité VI, § 1, n° 8; comp. Pothier, *des Donations entre-vifs, loc. supra cit.;* Grenier, t. I, n° 121; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* de Fréminille, *de la Minorité*, t. II, n° 985; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 435; *voy.* aussi notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, etc.*, t. II, n°s 78, 79).

498. — Une dernière observation nous reste à faire sur cet article 907.

On a demandé quel est le caractère de l'incapacité qu'il prononce : si c'est une incapacité de disposer, ou si c'est, au contraire, une incapacité de recevoir?

D'après Marcadé, l'article 907 ne rend pas le mineur incapable de disposer; il ne rend que le tuteur incapable de recevoir : « N'est-il pas évident, dit-il, que c'est contre le tuteur, et non contre le mineur, que l'incapacité de cet article est dirigée? En effet, un mineur a-t-il, en face de son tuteur, moins d'intelligence, moins de maturité d'esprit que vis-à-vis de tout autre? » (art. 907, n° 111; ajout. Poujol, art. 907, n° 4).

Au contraire d'après M. Coin-Delisle, ce n'est pas le tuteur que l'article 907 rend incapable de recevoir;

c'est le mineur seulement qu'il rend incapable de disposer (art 907, nos 2 et 15).

Cette dernière doctrine se rapproche sans doute plus de la vérité que la première; et c'est ainsi, en effet, que Pothier considérait comme une *incapacité relative à la personne du testateur*, l'incapacité des personnes, auxquelles le testateur ne pouvait rien léguer, à cause du pouvoir qu'elles avaient sur lui, tels que le tuteur, le confesseur, etc. (*Des Donat. testam.*, chap. III, sect. III, art. 111.)

Toutefois, chacune de ces doctrines nous paraît également trop absolue.

Ce qui est vrai, suivant nous, c'est que l'article 907 prononce, tout à la fois, une incapacité active de disposer contre le mineur, et une incapacité passive de recevoir contre le tuteur ou l'ex-tuteur. Voilà sa double base; et cela est tout simple, puisqu'il prononce une incapacité *relative*, c'est-à-dire une de ces incapacités de personne à personne, qui supposent, précisément, dans chacune d'elles, la corrélation des causes de l'incapacité (*supra*, n° 327).

Est-ce que le mineur, dit-on, n'a pas, en face de son tuteur, autant de maturité d'esprit qu'en face de tout autre? Nous répondons qu'il a certainement moins d'indépendance; et que tel est le vrai motif de cette incapacité relative.

Cette thèse n'est pas purement théorique, il s'en faut bien! et par exemple, si la doctrine de Marcadé était admise, il en résulterait cette conséquence, qu'il en a lui-même déduite, à savoir : que, pour apprécier la validité de la disposition faite par un mineur ou par un mineur devenu majeur, au profit de son tuteur, ou de son ancien tuteur, il y aurait lieu de considérer, non pas l'époque où la disposition a été faite, mais seulement l'époque de son décès; et que cette dispo-

sition devrait être exécutée, lors même que l'incapacité aurait existé à l'époque où la disposition a été faite, si elle n'existait plus à l'époque où la disposition devrait être exécutée.

Or, c'est là une proposition, de tous points, inadmissible! et nous verrons, au contraire, que si au moment où il a disposé, le mineur ou l'ex-mineur se trouvait dans les liens de l'incapacité prononcée par l'article 907, sa disposition serait nulle, lors même que, à l'époque de son décès, il se trouverait relevé de cette incapacité, soit par la majorité et l'apurement de son compte, soit par une loi nouvelle, qui, dans l'intervalle de la confection de la disposition à sa mort, aurait abrogé l'article 907; car il faut que le disposant soit capable au moment où il dispose; or, c'est une incapacité de disposer, que l'article 907 prononce contre le mineur ou l'ex-mineur, en même temps qu'une incapacité de recevoir contre le tuteur (comp. *infra*, n°s 725 et suiv.; Cass., 27 nov. 1848, Aigoin, Dev., 1849, I, 12; *Rapport au Tribunat* par Jaubert, et *Exposé des motifs* par Bigot-Preameneu; Duplessis, *des Donations*, liv. I, chap. II, p. 518; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 118, note *b;* Troplong, t. II, n° 620; D., *Rec. alph.*, v° *Dispositions entre-vifs et Testam.*, n°s 340, 341).

B. — *De l'incapacité du malade de disposer au profit des docteurs en médecine ou en chirurgie, officiers de santé, pharmaciens, ou ministres du culte.*

SOMMAIRE.

499. — L'incapacité relative qui est décrétée par l'article 909, a la même cause et le même caractère que celle qui est décrétée par l'article 907. — Explication.
500. — Suite.
501. — Suite.

502. — Suite. — L'article 909 pose d'abord une règle, à laquelle il apporte ensuite deux exceptions.

503. — A. En ce qui concerne la règle, c'est-à-dire l'incapacité, que l'article 909 prononce, il faut voir : I. à quelles personnes elle s'applique; II. et sous quelles conditions.

504. — I. A quelles personnes s'applique l'incapacité décrétée par l'article 909?

505. — Il faut, pour que les docteurs en médecine, et autres, soient incapables de recevoir, qu'ils aient *traité* le disposant. — Que signifie ce mot : *traité*, *traitement?*

506. — Le pharmacien serait-il atteint par cette incapacité, s'il n'avait fait que fournir les médicaments de son officine?

507. — *Quid*, du médecin, chirurgien, officier de santé, qui a été appelé en consultation?

508. — *Quid*, du médecin, chirurgien, officier de santé ou pharmacien, qui, sans être appelé, aurait, dans le cours de simples visites de politesse ou d'amitié, donné au malade quelques conseils d'hygiène?

509. — *Quid*, de la garde-malade?

510. — *Quid*, de la sage-femme?

511. — L'article 909 est-il applicable à ceux qui, exerçant de fait, sans titre et sans droit, l'art de guérir, ont effectivement traité le disposant dans le cours de sa dernière maladie?

512. — Suite. — *Quid*, des magnétiseurs?

513. — *Quid*, du somnambule?

514. — *Quid*, des médecins ou chirurgiens gradués dans les universités étrangères?

515. — Il n'y a pas à distinguer si les docteurs en médecine, ou autres, qui ont traité le malade, exerçaient encore leur profession, ou s'ils s'en étaient retirés pour se consacrer au repos ou à d'autres occupations.

516. — Les mêmes règles sont applicables au ministre du culte; c'est-à-dire que le ministre du culte, qui a assisté spirituellement le disposant, dans le cours de sa dernière maladie, est incapable de recevoir, comme le docteur en médecine qui l'a traité. — Conséquence.

517. — Suite.

518. — Suite. — L'incapacité ne frappe pas seulement ceux des ministres du culte catholique, qui ont reçu la confession du disposant; elle frappe tout ministre du culte, qui l'a assisté spirituellement.

519. — Suite.

520. — *Quid*, du ministre du culte qui aurait été interdit par ses supérieurs ecclésiastiques?

521. — Du cas où le ministre du culte, qui aurait assisté le malade, aurait été nommé par lui exécuteur testamentaire, ou aurait acheté de lui la nue propriété d'un de ses biens.

522. — Du cas où la disposition à titre gratuit aurait été faite, non pas au profit du ministre du culte, mais au profit d'un établissement religieux. — Renvoi.

523. — II. Pour que l'incapacité atteigne ceux qui ont traité ou assisté le disposant, une double condition est nécessaire.

524 — Il faut que la disposition ait été faite dans le cours de la maladie, dont le disposant est mort. — Conséquences.

525. — Si la disposition avait été faite dans le cours de la dernière maladie au profit d'un médecin, mais avant qu'il eût encore traité le disposant, pourrait-il en profiter, s'il l'avait traité ensuite?

526. — Observation critique sur l'assimilation de la donation entre-vifs et du testament dans l'article 909. — Explication.

527. — Il est prudent, lorsqu'on fait, en santé, un legs à son médecin ou à son directeur spirituel, de donner une date certaine au testament.

528. — Dans quels cas la disposition entre-vifs ou testamentaire devra-t-elle être considérée comme ayant été faite pendant le cours de la maladie, dont le disposant est mort?

529. — B. L'article 909 excepte de la prohibition, qu'il prononce, deux sortes de dispositions.

530. — I. L'article 909 excepte d'abord les dispositions rémunératoires, sous une double condition.

531. — Il faut que la disposition rémunératoire soit à titre particulier. — *Quid*, si elle était à titre universel?

532. — Si la disposition était rémunératoire et à titre particulier, mais qu'elle fût seulement excessive, elle ne serait pas nulle, mais réductible. — Explication.

533. — Les docteurs en médecine ou autres, qui auraient reçu une disposition rémunératoire, ne seraient pas, en général, fondés à réclamer, en outre, le payement de leurs honoraires.

534. — Il n'est pas nécessaire que l'acte même de donation ou de testament exprime que la disposition est faite à titre rémunératoire.

535. — II. L'article 909 excepte, en second lieu, les dispositions même universelles ou à titre universel dans certains cas.

536. — Cette exception est admise dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré, pourvu que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe. — De quelle manière doivent être entendues ces expressions : *parenté* et *héritiers?*

537. — Suite.

538. — Suite.

539. — Suite.

640. — Suite. — *Quid*, si le disposant avait laissé, en même temps, des héritiers dans la ligne directe et des héritiers dans la ligne collatérale?

541. — Du cas où un homme, ayant deux frères et ses père et mère,

aurait été traité ou assisté par l'un de ses frères, au profit duquel il aurait fait une disposition universelle.

542. — L'exception faite par l'article 909 en faveur des parents, ne saurait être étendue aux alliés.

543. — L'article 909 serait-il applicable au mari médecin, qui aurait traité sa femme durant sa dernière maladie, ou au mari ministre du culte (protestant ou israélite) qui l'aurait assistée ?

544. — *Quid*, si le médecin ou le ministre du culte avait épousé la femme disposante, pendant la maladie dont elle est morte ?

545. — Suite.

546. — Suite.

547. — La qualité d'ami doit-elle effacer celle de médecin ?

548. — L'article 909, de même que l'article 907, crée une présomption légale, *juris et de jure*, contre laquelle aucune preuve contraire ne saurait être admise.

549. — Les deux exceptions, que l'article 909 admet à la prohibition, qu'il prononce, sont-elles applicables à ceux qui exercent illégalement l'art de guérir ?

550. — Indépendamment de la présomption légale ou plutôt de l'incapacité, qui est écrite dans l'article 909, on peut toujours demander à prouver, en fait, que la disposition, qui a eu lieu, est le fruit de la suggestion et d'un abus d'influence.

551. — Notre Code n'a pas maintenu d'autres incapacités relatives, que notre ancienne jurisprudence avait introduites, à l'exemple de celle des médecins et confesseurs. — De l'incapacité des domestiques et serviteurs de recevoir de leur maître. — Observations.

552. — De l'ancienne incapacité des procureurs.

553. — De l'incapacité des avocats.

553 *bis*. — De certaines autres incapacités relatives de recevoir toutes spéciales. — Renvoi.

499. — L'article 909 est ainsi conçu :

« Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les « officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité « une personne pendant la maladie, dont elle meurt, « ne pourront profiter des dispositions entre-vifs ou « testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur « pendant le cours de cette maladie.

« Sont exceptées : 1° les dispositions rémunératoires « faites à titre particulier, eu égard aux facultés du « disposant et aux services rendus ;

« 2° Les dispositions universelles dans le cas de

« parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, « pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers « en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui « la disposition a été faite, ne soit lui-même du nom- « bre de ces héritiers.

« Les mêmes règles seront observées à l'égard du « ministre du culte. »

Le législateur a considéré qu'après avoir garanti le mineur ou l'ex-mineur contre l'ascendant de celui qui est ou qui a été son tuteur, il n'était pas moins nécessaire de garantir le malade contre l'ascendant de ceux, qui lui administrent les secours de l'art médical ou de la religion durant sa dernière maladie.

Il s'agit donc ici d'une incapacité relative semblable à celle que nous venons d'examiner dans l'article 907, et qui repose également, sinon tout à fait sur une présomption d'abus d'influence, du moins sur la possibilité de cet abus, qu'il était politique et moral de prévenir.

Et c'est parce que, en effet, les deux incapacités décrétées par les articles 907 et 909 ont le même caractère, que nous avons voulu nous occuper successivement de l'une et de l'autre, sans les séparer, (comme il est regrettable peut-être que le législateur l'ait fait), en intercalant, entre les articles 907 et 909, la prohibition de l'article 908, dont le caractère est, au contraire, différent (*infra*, n° 555).

500. — Nous disons que les deux incapacités décrétées par les articles 907 et 909 ont le même caractère.

Tel n'est point toutefois le sentiment de M. Coin-Delisle, qui voit, dans la première, une incapacité de disposer seulement, et, dans la seconde, seulement une incapacité de recevoir.

Notre savant confrère, invoquant les textes comparés des deux articles, raisonne ainsi :

Le mineur *ne pourra disposer*, dit l'article 907 ; donc, c'est là une incapacité active.

Les docteurs en médecine et autres *ne pourront profiter* des dispositions entre-vifs ou testamentaires, etc., dit l'article 909; donc, c'est là, au contraire, une incapacité passive (art. 907, n° 1).

Ce que prouve seulement, suivant nous, cet argument, c'est que la rédaction de nos articles aurait pu être plus correcte et plus concordante. Mais il nous paraît impossible d'en induire une différence doctrinale entre deux incapacités, qui dérivent évidemment du même principe, à savoir : de la présomption d'un vice de volonté dans la personne du disposant, relativement à la personne du gratifié.

L'article 912 porte que : *On ne pourra disposer* au profit d'un étranger, etc.;

Or, nul ne voudrait soutenir que c'était là une incapacité de *disposer;* et il est manifeste que c'était l'étranger qui était déclaré incapable de *recevoir;*

Donc, ce n'est pas uniquement d'après la formule plus ou moins exacte des articles qu'il faut apprécier le caractère d'une incapacité; c'est d'après les motifs essentiels sur lesquels elle est fondée.

501. — Ce qui justifie de plus en plus le rapprochement que nous venons de faire des articles 907 et 909, c'est que les deux incapacités qu'ils prononcent, ont, en effet, aussi la même origine, dans notre ancien droit.

Il est vrai que l'incapacité des médecins ou des ministres du culte n'avait pas été prononcée textuellement par l'Ordonnance de 1539 ni par les Coutumes; mais la jurisprudence des arrêts l'en avait déduite par voie d'interprétation, au même titre et par la même raison que l'incapacité des tuteurs (comp. Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. I, art. 2, § 8; ajout., L. 3, ff.

De extraord. cognit.; et L. 9, Cod. *De professor. et medicis*).

Et on ne saurait méconnaître qu'elle s'était, en ceci, montrée pleine de sagesse; car il n'est certes pas d'influence plus capable de dominer une volonté presque toujours déjà défaillante, que celle que peuvent exercer les hommes de l'art sur le malade qui attend d'eux le soulagement de ses souffrances et la conservation de sa vie!

Quelle n'est pas aussi, en de telles situations, l'autorité des ministres de la religion auxquels le malade demande le salut de son âme! (comp. le Code Théodosien, 16, II, 20.)

502. — C'est donc très-justement que notre législateur a maintenu cette incapacité, dont il a eu d'ailleurs le soin de déterminer les éléments constitutifs d'une manière plus précise que n'avait fait autrefois la jurisprudence des arrêts, qui était, en effet, sur ce point un peu incertaine et arbitraire.

A cet effet, l'article 909 pose d'abord la règle; et il y apporte ensuite deux exceptions.

503. — A. En ce qui concerne la règle elle-même, c'est-à-dire l'incapacité, deux points principaux sont à déterminer, savoir :

I. A quelles personnes elle s'applique;

II. Et sous quelles conditions.

504. — I. Du texte de l'article 909, il résulte que l'incapacité, qu'il prononce, s'applique aux *docteurs en médecine ou en chirurgie, aux officiers de santé, et aux pharmaciens, qui ont traité une personne pendant la maladie, dont elle meurt.*

C'est-à-dire que l'incapacité atteint ceux qui, faisant profession de l'art de guérir, médecins, opérateurs, etc., ont exercé, en effet, cette profession près d'une personne, en la *traitant* durant sa dernière maladie.

505. — C'est cette circonstance du *traitement*, qui est la cause efficiente de l'incapacité.

Il est bien clair que les docteurs en médecine et les autres, qui professent l'art médical, ne sont pas, en cette seule qualité, frappés d'une incapacité de recevoir; ce serait là une incapacité absolue tout à fait dénuée de raison.

L'incapacité, dont les frappe l'article 907, est, au contraire, toute relative; et elle naît précisément de la circonstance qu'ils ont *traité* le disposant.

Le *traitement*, en effet, consiste dons des soins médicaux donnés d'une manière régulière, habituelle, par celui, comme disait Pothier (*loc. supra*), *qui a entrepris une cure;* et voilà bien pourquoi il engendre cette incapacité; car c'est par la continuité même de ses soins que l'homme de l'art acquiert, sans le vouloir souvent et même sans le savoir, une influence toute-puissante sur l'esprit du malade, auquel il finit par devenir nécessaire!

506. — De là il faut conclure que le pharmacien ne se trouverait pas atteint par cette incapacité, s'il n'avait fait que fournir les médicaments de son officine, et s'il s'était borné à exécuter les ordonnances du médecin, qui dirigeait seul le traitement médical du malade.

L'article 909, dira-t-on, le déclare lui-même nommément incapable comme les docteurs en médecine ou en chirurgie!

Oui, lorsqu'il a, comme eux, *traité* le malade...; *qui auront traité*, dit l'article; et dans ce cas, en effet, comme il arrive souvent dans les campagnes, le pharmacien, qui aura donné des soins ayant le caractère d'un traitement, sera frappé de l'incapacité prononcée par notre texte.

Mais précisément, nous supposons qu'il ne se trouve

pas dans ce cas, et qu'il n'a pas *traité* le malade ; donc, il n'est pas alors frappé par l'incapacité (comp. Cass., 12 oct. 1812, Allard, Sirey, 1813, I, 38 ; Montpellier, 31 août 1852, Batlle, Dev., 1853, II, 585 ; Delvincourt, t. II, p. 205, note 5 ; Toullier, t. III, n° 69 ; Duranton, t. VIII, n° 253 ; Coin-Delisle, art. 909, n° 8 ; Grenier, t. I, n° 126; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 436 ; Saintespès-Lescot, t. II, n° 247; Troplong, t. II, n° 645; Demante, t. IV, n° 30 *bis*, IV).

507. — Il faut en dire autant du médecin, chirurgien ou officier de santé, qui a été appelé auprès du malade en consultation seulement.

Pourvu, toutefois, que les consultations ou conférences n'aient pas été assez fréquentes pour qu'il soit ainsi devenu lui-même le médecin ordinaire, en second ou adjoint (comp. Cass., 9 avril 1835, Trainard, Dev., 1835, I, 450 ; Merlin, v° *Apothicaire;* Demante, *loc. supra;* Bayle-Mouillard, *loc. supra;* Troplong, t. II, n° 67).

508. — *A fortiori*, en serait-il ainsi du médecin, officier de santé ou pharmacien, qui, sans même être appelé en consultation, aurait, dans le cours de simples visites de politesse ou d'amitié, donné au malade quelques conseils d'hygiène ou lui aurait même préparé des médicaments (comp. Montpellier, 31 août 1852, Battle, Dev., 1853, II, 585; Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*).

509. — Furgole enseignait que *ni le texte ni les motifs de l'Ordonnance* ne permettaient d'appliquer cette incapacité à la garde-malade (*Quest. sur l'Ordonnance de* 1731, quest. 24).

Telle est encore la solution généralement admise, et très-justement, suivant nous, malgré le dissentiment de Delvincourt (t. II, p. 60, note 2).

Le texte de notre article 909 ne s'applique pas, en

effet, à la garde-malade ; et ses motifs pas davantage ; car la garde-malade ne *traite* pas le malade ; elle le soigne ; elle le *garde ;* elle est, en un mot, seulement une domestique chargée d'un service spécial ; et son influence n'est pas comparable à celle des docteurs en médecine, ou des autres qui dirigent le traitement de la maladie (comp. Toullier, t. III, n° 67 ; Duranton, t. VIII, n° 252 ; Vazeille, art. 909, n° 8 ; Grenier, t. I, n° 128 ; Coin-Delisle, art. 909, n° 7 ; Saintespès-Lescot, t. I, n° 241 ; Troplong, t. II, n° 648 ; D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et Testam.*, n° 359).

510. — La question, en ce qui concerne la sage-femme, peut paraître plus délicate.

Aussi a-t-on soutenu que les sages-femmes devaient être comprises dans l'application de l'article 909 : soit parce qu'elles sont de *vrais officiers de santé*, munies, comme eux, d'un diplôme qu'elles n'obtiennent qu'après un cours d'études et des examens réglementaires à l'effet de remplir leurs fonctions ; soit parce que leur influence est aussi très-grande sur l'esprit des femmes, qu'elles assistent dans cette crise souvent si redoutée et quelquefois, en effet, si redoutable (comp. Vazeille, art. 909, n° 10 ; Poujol, art. 909, n° 5 ; Marcadé, art. 909, n° 1).

Nous ne croyons pas toutefois que cette doctrine soit exacte :

Le texte même d'abord fait défaut ; il nomme les docteurs en médecine et en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens ; mais il ne nomme pas les sages-femmes ; et il s'agit d'une incapacité qui ne saurait être étendue. Serait-il exact, d'ailleurs, de dire que l'accouchement, par lui-même, est une *maladie*, dans le sens que l'article 909 attache à ce mot ? c'est une crise, sans doute, mais qui s'opère le plus souvent, dans des conditions naturelles, où la sage-femme prête

son assistance, mais n'exerce aucun *traitement* proprement dit, ni médical ni chirurgical (comp. Coin-Delisle, art. 909, n° 7; Saintespès-Lescot, t. I, n° 242; D., *Rec. alph.*, *loc. supra*, n° 360).

Ce dernier motif annonce suffisamment que la solution devrait être différente, suivant nous, si la sage-femme, sortant de son rôle et de ses attributions, avait, en effet, exercé les fonctions de docteur en médecine ou en chirurgie; comme, par exemple, dans le cas où, au lieu d'appeler, comme elle l'aurait dû, un homme de l'art, elle aurait elle-même exercé un véritable traitement médical ou chirurgical, sur la femme en couches (comp. Loi du 19 ventôse an x, art. 30; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 436; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 128, note *a*: Troplong, t. II, n° 648).

511. — Et ceci nous amène à une question importante, à savoir : si l'article 909 ne s'applique qu'à ceux qui ont traité le malade en vertu d'un diplôme régulier et d'un titre légal, qui leur donnait le droit d'exercer l'art de guérir ?

Ou si, au contraire, il est aussi applicable à ceux qui, exerçant, de fait, sans titre et sans droit, l'art de guérir, ont effectivement traité le disposant dans le cours de sa dernière maladie ?

Notre ancienne jurisprudence n'y avait fait aucune difficulté; et elle n'hésitait pas à déclarer incapables les empiriques et les charlatans, tout autant, pour le moins, que les docteurs en médecine ou en chirurgie (comp. arrêt du Parlement de Toulouse du 21 juin 1594, Cambolas, II, 3; Ricard, part. I, chap. III, sect. IX, n° 501; Pothier, *des Donat. entre-vifs*, sect. I, art. 2, § 8).

Mais des dissidences se sont déclarées sur ce point, dans notre droit nouveau; et on a enseigné que l'article 909 n'était pas applicable à ceux, qui avaient traité

le disposant, sans avoir aucun titre légal pour exercer l'art de guérir :

D'une part, a-t-on dit, l'article 909 a précisé les éléments constitutifs de l'incapacité qu'il prononce ; or, il ne prononce cette incapacité que contre *les docteurs en médecine ou en chirurgie*, *les officiers de santé et les pharmaciens*; donc, on ne saurait l'appliquer à des personnes, qui ne se trouvent pas dans cette nomenclature ; car il s'agit ici d'une présomption légale, qui est essentiellement limitée au fait même, qu'elle a prévu (art. 1350, 1352).

D'autre part, cette solution n'a pas d'inconvénient, puisque les juges peuvent annuler la disposition pour cause de suggestion et de captation, et admettre, à cet effet, comme base *d'une présomption de fait* la circonstance elle-même, qui, dans le silence de la loi, ne se trouve pas comprise dans *la présomption de droit* (art. 1353 ; comp. Coin-Delisle, art. 909, n° 6 ; Demante, t. IV, n° 30 *bis*, III ; et on invoque, également, en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 24 juillet 1832, Bizardière, D., 1832, I, 300).

Mais cette doctrine est, à notre avis, tout à fait inadmissible :

1° D'où procède, en effet, l'incapacité, que prononce l'article 909 ? de cette double circonstance : d'une part, que la personne, dont il s'agit, faisait profession de l'art de guérir ; et, d'autre part, qu'elle a exercé cette profession près du disposant, en le traitant, dans le cours de la maladie, dont il est mort ;

Or, nous supposons que cette double circonstance se rencontre, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une personne, qui faisait profession de l'art de guérir et qui a exercé cette profession près du disposant dans le cours de la maladie, dont il est mort ;

Donc, l'article 909 lui est applicable de tous points !

2° On objecte que cette personne n'était ni *docteur en médecine ou en chirurgie, ni officier de santé, ni pharmacien,* et qu'elle n'avait pas de titre légal pour traiter le disposant !

Eh ! qu'importe ? dès qu'elle l'a traité comme si elle avait eu ce titre !

C'est, en effet, *le traitement* lui-même, qui est, d'après la loi, la cause de cette incapacité ; et la preuve en est que le *pharmacien*, qui n'est pourtant pas docteur, lui non plus ! est déclaré incapable, lorsqu'il a *traité* le disposant ; or, l'empirique ou le charlatan, quoiqu'il n'eût pas le titre de docteur ou d'officier de santé, l'a *traité* aussi ; donc, il doit être incapable ; il a été, en un mot, médecin de fait; et de même que nous avons assimilé, dans l'article 907, le tuteur de fait au tuteur de droit (*supra*, n° 485), de même la raison exige que dans l'article 909, on assimile le *médecin de fait* au médecin *de droit*. C'est même *a fortiori* que l'article 909 est alors applicable : d'abord, parce qu'il est impossible que la fraude profite à son auteur, et que le charlatan, qui a exercé illégalement les fonctions de médecin, soit traité, à cause de cela même ! plus favorablement que ne le serait le médecin pourvu du diplôme ! et, ensuite, parce que l'influence de ces empiriques est bien plus à craindre, puisqu'ils n'offrent pas les mêmes garanties d'instruction ni de moralité.

Et voilà bien ce qu'a déclaré M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat :

« Il serait superflu, dit-il, de remarquer que la loi atteindra, par voie de conséquence nécessaire, tous ceux qui, dépourvus d'un titre légal, oseraient néanmoins s'ingérer dans les fonctions de l'art de guérir. » (Locré, *Législ. civ.*, t. XI, p. 442, n° 17.)

C'est aussi, comme nous l'avons rappelé déjà, ce

que décidait notre ancien droit; et que l'on n'objecte pas que notre ancien droit était incertain et arbitraire; nous répondrons qu'il n'était, en ceci, que logique; et qu'après avoir prononcé l'incapacité contre les médecins, il n'avait fait, suivant le mot du tribun Jaubert, qu'en déduire *une conséquence nécessaire*, en appliquant cette incapacité aux empiriques, qui exerçaient, de fait, la profession de médecin !

3° Mais, enfin, disent encore les partisans de la doctrine, que nous combattons, où est l'inconvénient, puisque, à défaut de *la présomption légale*, le juge pourra appliquer *la présonption simple* et déclarer nulle, en fait, la libéralité ?

Mais combien peu cette objection est satisfaisante !

De deux choses l'une, en effet :

Ou l'on veut dire que le juge devra toujours annuler la libéralité, en appliquant, en vertu d'une présomption de fait, aux termes de l'article 1353, l'incapacité que l'article 909 applique en vertu d'une présomption de droit; et alors ceci n'est plus qu'une question de mots; et il y aurait plus de sincérité à appliquer ouvertement l'article 909 !

Ou, au contraire, on reconnaît (comme il le faut évidemment dans la doctrine contraire) que la fraude et la captation devraient être prouvées contre l'empirique et le charlatan, pour que les juges eussent le pouvoir d'annuler la libéralité à lui faite; et alors on reconnaît que le charlatan et l'empirique seront bien mieux traités que les docteurs en médecine ! et, à vrai dire, on assure leur impunité; car, c'est précisément parce que cette espèce de captation eût été toujours très-difficile et presque impossible à prouver, c'est parce qu'elle est essentiellement occulte et insaisissable, que le législateur a décrété la présomption légale, d'où dérive l'incapacité de plein droit ! et, par

conséquent, déclarer que la présomption légale ne s'applique pas aux charlatans et aux empiriques, c'est assurer presque toujours le succès de leur influence et de leurs manœuvres!

C'est cette conclusion inévitable, que nous ne saurions admettre. L'arrêt précité de la Cour de cassation du 24 juillet 1832 ne l'a point d'ailleurs consacrée; cet arrêt, rendu dans des circonstances exceptionnelles, ne signifie, à le bien interpréter, autre chose sinon que le jeune étudiant en médecine, accouru près de son bienfaiteur malade, n'avait exercé la médecine ni en droit ni en fait, ni légalement ni illégalement; et si l'on voulait en déduire une autre doctrine, nous pensons qu'il ne devrait pas servir d'exemple (comp. Paris, 9 mai 1820, Ragey, Sirey, 1820, II, 259; Grenoble, 6 févr. 1830, Trouillet, Dev., 1830, II, 309; et 1831, II, 186; Caen, 10 août 1841, Mariette, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 363; Grenier, t. I, n° 126; Toullier, t. III, n° 68; Duranton, t. VIII, n° 251; Taulier, t. IV, p. 31; Vazeille, art. 909, n° 8; Marcadé, art. 909, n° 1; Saintespès-Lescot, t. I, n° 244; Troplong, t. II, n° 647; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 436; Massé et Vergé, t. III, p. 41).

512. — La solution, qui précède, a par avance répondu à d'autres questions, qui ont été faites aussi sur ce point; savoir :

Si l'article 909 devrait être appliqué aux magnétiseurs?

Assurément oui! s'ils ont traité le malade, dans les conditions déterminées par cet article.

Objectera-t-on qu'ils ne font pas de *traitement*, et qu'ils n'administrent pas de remède!

Eh! si vraiment, ils *traitent* aussi les malades! seulement, ils ont leur mode de traitement, à eux, leur mode particulier, et bien plus dangereux encore, au

point de vue, qui nous occupe, puisqu'il consiste à agir sur l'imagination du malade et à l'impressionner le plus fortement possible; or le Code, très-sagement sans doute, n'a pas distingué entre les diverses sortes de traitements, plus ou moins scientifiques ou irrationnels, entre les allopathes ou les homœopathes! etc. (comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 126, note *c*; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 365).

513. — Quant au somnambule, de deux choses l'une :

Ou bien c'est un complice du magnétiseur, qui simule le sommeil; et alors, nous lui appliquerons l'article 909, d'où il ne pourrait d'ailleurs sortir, que pour tomber immédiatement sous le coup d'une preuve tout acquise de dol et de fraude;

Ou bien c'est un vrai somnambule, dormant (nous voulons bien le supposer) de bonne foi et qui, dans cet état de sincère et lucide sommeil, dicte ses ordonnances; et, dans ce cas, on a pu mettre en doute si l'article 909 lui était applicable, puisqu'il n'est qu'un instrument, dont le magnétiseur s'est servi et que c'est le magnétiseur seul dès lors qui a *traité* le disposant (comp. Bayle-Mouillard et Dalloz, *loc. supra cit.*).

Mais pourtant, ne peut-on pas répondre que le somnambule, en acceptant ce rôle, a *traité*, lui aussi! le malade à sa manière, et qu'il a, pour sa part, contribué à son *traitement?*

Cette objection vient-elle de la grande défiance où nous sommes de ces sortes de procédés? nous ne demandons pas mieux que de reconnaître que notre défiance est, en effet, très-grande! (Comp. Toulouse, 9 juill. 1857, Chéroux; et 12 août 1859, Arnouilh; Lyon, 23 juin 1859, Bernet-Joly, Dev., 1859, 625, 628; Cass., 17 déc. 1859, Depoutz, Dev., 1860, 1, 298.)

514. — Au point où nous en sommes, il nous suffira d'énoncer que l'article 909 est applicable aux médecins et chirurgiens gradués dans les universités étrangères, aussi bien qu'à ceux qui ont obtenu leurs grades dans nos Facultés ou dans nos écoles; et cela, lors même qu'ils n'auraient pas obtenu du gouvernement, aux termes de la loi du 19 ventôse an XI (art. 4), l'autorisation d'exercer leur profession en France.

M. Coin-Delisle lui-même en convient (art. 909, n° 4), quoique pourtant il exige, pour l'application de l'article 909, que celui qui a *traité* le disposant, ait eu un titre légal pour l'exercer.

515. — Pas de doute non plus que l'article 909 ne soit applicable aux docteurs en médecine et autres, sans distinguer s'ils exercent encore leur profession ou s'ils s'en sont retirés pour se consacrer au repos ou à d'autres occupations.

Il ne faudrait pas objecter un arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 1833, qui a maintenu un legs fait au profit d'un médecin devenu juge de paix (Noguès, D., 1833, I, 71).

Car ce qui a été décidé seulement, c'est que, en fait, il résultait des circonstances, *qu'il était impossible que le légataire eût donné au testateur des soins habituels comme médecin* (comp. Coin-Delisle, art. 909, n° 5).

516. — L'article 909 décide que : « les mêmes « règles seront observées à l'égard du ministre du « culte. »

C'est-à-dire que la même incapacité est applicable à ceux qui, revêtus d'un caractère religieux, ont assisté spirituellement le disposant et dirigé sa conscience dans le cours de la maladie, dont il est mort; c'est, en effet, cette assistance et cette direction spirituelle, qui constituent, en ce qui les concerne, la condition du *traitement*.

D'où il faut conclure que le ministre du culte, qui n'aurait rempli aucune fonction de son ministère près du disposant, ne serait pas incapable de recevoir, lors même qu'il serait resté constamment près de lui et qu'il lui aurait rendu des soins dans le cours de sa dernière maladie ; sauf à examiner, en fait, la question de suggestion et de captation, si elle était soulevée (comp. Grenoble, 16 avril 1806, Montlovier ; et Cass., 18 mai 1807, Montlovier, Sirey, 1807, I, 287 ; Toullier, t. III, n° 69 ; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 439).

517. — Bien plus ! lors même que le ministre du culte aurait rempli, près du disposant, un acte isolé de son ministère, il n'en résulterait pas que l'incapacité lui serait applicable, si cet acte ne constituait pas cette assistance, ce *traitement* de l'âme, qui, en établissant une suite de relations entre le malade et son directeur spirituel, a été considérée comme la cause efficiente de cette influence morale, dont le législateur veut prévenir les abus.

C'est ainsi qu'il n'y aurait pas lieu d'appliquer l'incapacité :

Au prêtre qui aurait été appelé seulement pour administrer au malade le viatique ou l'extrême-onction (comp. Toulouse, 20 nov. 1835, Fort, D., 1835, I, 39; Duranton, t. VIII, n° 259 ; Coin-Delisle, art. 909, n° 20 ; Troplong, t. II, n° 650 ; Demante, t. IV n° 30 *bis*, V ; Saintespès-Lescot, t. I, n° 255 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 129, note *a*) ;

Ni même à celui qui aurait dit la messe plus ou moins habituellement, près du disposant pendant sa dernière maladie, sans avoir eu d'ailleurs avec lui aucun entretien spirituel (comp. Paris, 3 juill. 1813, Souhaité, D., *Rec, alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et Testam.*, n° 386).

518. — De ce que nous venons de dire, il ne résulte pas toutefois que l'incapacité ne frappe que ceux des ministres du culte catholique, qui ont reçu la confession du disposant.

Il est vrai que nos anciens auteurs, lorsqu'ils s'occupent de cette incapacité, semblent n'avoir principalement en vue que *les confesseurs*, *à cause*, disait Pothier, *du grand pouvoir qu'ils ont souvent sur l'esprit de leurs pénitents et surtout de leurs pénitentes* (sur l'article 276 de la Cout. de Paris, note 4, et *des Donations entre-vifs*, sect. I, art. 11, § 8; comp. Ricard, part. I, n° 513; Furgole, chap. V, sect. I, n° 11; Catellan, liv. II, chap. CVIII).

La confession est sans doute l'un des moyens les plus puissants, par lesquels le prêtre puisse exercer son influence sur l'esprit du malade (comp. Grenoble, 16 avril 1806, Montlovier, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 384).

Mais ce moyen n'est pas le seul; et on ne saurait contester non plus la puissance des conseils, des exhortations, des instructions, par lesquels le ministre du culte console et fortifie le malade, élève son âme vers Dieu, et le prépare à mourir!

Aussi, peut-on voir que Pothier lui-même, dans les passages précités, nommait les *directeurs* en même temps que les *confesseurs;* et il est, en effet, incontestable que cette direction et cette assistance spirituelle sont constitutives de l'incapacité, indépendamment de la confession auriculaire.

519. — Et voilà pourquoi on ne saurait restreindre aux ministres de la religion, dans laquelle la confession auriculaire est admise, l'incapacité que prononce notre article 909.

Toullier enseigne pourtant que « cette incapacité ne peut point s'appliquer aux ministres du culte protes-

tant, dans lequel la confession auriculaire n'est point admise. » (T. III, n° 70.)

Mais il est manifeste que cette doctrine est contraire soit au texte même de la loi, qui comprend, dans la généralité absolue de ces termes, *le ministre du culte*, et par conséquent, les ministres de tous les cultes, soit à son motif essentiel; car, dans tous les cultes, quels qu'ils soient, catholiques, protestants ou israélites, les ministres prêtent aux malades cette assistance suprême, de laquelle l'article 909 fait dériver l'incapacité.

Et c'est bien en ce sens, que M. Jaubert déclarait, dans son rapport, que cet article comprenait ceux *qui auraient administré au malade les consolations de la religion* (comp. Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 442; Vazeille, art. 909, n° 7; Armand Dalloz, v° *Disposit. entre-vifs*, n° 219; Marcadé, art. 909, n° 11; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 129, note *a*; Troplong, t. II, n° 651; Demante, n° 30 *bis*, V; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 439; Massé et Vergé, t. III, p. 45).

520. — Lors même que le ministre du culte aurait été interdit par ses supérieurs ecclésiastiques, il n'en demeurerait pas moins frappé de l'incapacité que l'article 909 prononce; ce n'est pas, en effet, l'interdiction qu'il a encourue, ni l'infraction qu'il y a faite, qui pourraient inspirer en lui plus de confiance, ni lui mériter une immunité!

Et c'est là encore un argument de plus contre la doctrine, qui prétend que l'article 909 ne doit être appliqué qu'à ceux qui exercent légalement les fonctions, dont l'exercice engendre l'incapacité (*supra*, n° 511).

521. — On a jugé que le ministre du culte pouvait être nommé exécuteur testamentaire par celui qu'il avait assisté spirituellement, dans le cours de la ma-

ladie dont il est mort (comp. Pau, 24 août 1825, Guimet, D., 1825, II, 5).

Et la Cour de Montpellier a maintenu une vente faite, dans ces circonstances, avec réserve d'usufruit, par le malade à son confesseur (19 mai 1813, Roubois, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 388).

Il est certain que l'article 909 ne prononce qu'une incapacité de recevoir des dispositions à titre gratuit, entre-vifs ou testamentaires ; et par conséquent, il est inapplicable, dès qu'il ne s'agit pas, en effet, de dispositions à titre gratuit.

Mais il y faut prendre garde, et ne pas tolérer les simulations ! (art. 911 ; comp. Troplong, t. II, n° 653; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 129, note *a*).

522. — L'article 909 ne s'occupe que des dispositions qui auraient été faites au profit du ministre lui-même personnellement.

Nous verrons plus bas ce qui concerne les dispositions qui auraient été faites au profit de l'Église ou plus généralement d'un établissement religieux autorisé ou non autorisé (*infra*, n°s 586 et suiv.).

523. — II. Pour que l'incapacité atteigne ceux qui exercent l'art de guérir ou le ministère du culte, une double condition est requise, à savoir :

D'une part, que la libéralité ait été faite dans le cours de la maladie, durant laquelle ils ont traité ou assisté le disposant ;

D'autre part, que le disposant soit mort de cette même maladie.

524. — Il faut, disons-nous, que la disposition ait été faite dans le cours de la maladie, dont le disposant est mort.

D'où il résulte que la disposition faite par une personne en santé, au profit de son médecin ou de son directeur spirituel, est valable.

Bien plus! la disposition est valable, lors même qu'elle a été faite par cette personne, dans le cours de la maladie pendant laquelle le médecin ou le ministre du culte, donataire ou légataire, lui a administré les secours de la médecine ou de la religion, si d'ailleurs le disposant a survécu à cette maladie.

En un mot, la disposition faite, soit en santé, soit en maladie, doit être maintenue, dès qu'elle a été faite antérieurement à la maladie qui a causé la mort.

Et cela, lors même que le médecin ou le ministre du culte, gratifié, aurait traité ou assisté le disposant, dans cette dernière maladie (comp. Pothier sur l'article 276 de la Cout. d'Orléans, note 6; Cass., 9 avril 1835, Trainard, Dev., 1835, I, 450).

525. — Mais supposons cette hypothèse.

Primus est atteint d'une maladie; et il reçoit d'abord les soins de son médecin ordinaire Secundus, qui habite la même ville que lui.

En cet état, et depuis l'invasion du mal, il fait un testament au profit de Tertius, autre médecin, son ami, qui habite une ville éloignée, et qui ne lui a encore donné aucuns soins.

Ensuite, la maladie s'aggravant, Tertius arrive, et le traite lui-même.

Primus meurt; et il s'agit de savoir si Tertius pourra profiter du legs, qui lui a été fait par Primus, dans le cours de la maladie dont il est mort, mais avant que Tertius eût commencé à le traiter?

M. Coin-Delisle a répondu que « le texte ne laisse aucun doute sur la négative; décider autrement, dit-il, serait augmenter l'empire des médecins sur les esprits faibles, et leur inspirer de refuser leurs services, tant que la donation ne serait pas consommée. » (Art. 909, n° 10.)

Nous éprouvons pourtant un doute sérieux sur l'exactitude de cette doctrine.

Lorsque, en effet, la loi exige que la disposition ait été faite pendant le cours de la maladie, pour laquelle le médecin a traité le disposant, est-ce que sa pensée n'est pas de lier ces deux conditions l'une à l'autre, et d'exiger, en conséquence, que la date de la disposition corresponde à la date du traitement! Est-ce que tel n'est pas le sens naturel du texte même de l'article 909? Et le texte, ainsi entendu, n'est-il pas conforme au motif de la loi, qui consiste à voir dans la disposition un effet dont le traitement lui-même est la cause! Or, l'effet ne saurait avoir précédé la cause! et comme après tout, il s'agit d'une exception à la règle générale de capacité consacrée par l'article 902, ne serait-il pas plus juridique de ne pas l'étendre à cette hypothèse?

Nous le croirions ainsi (comp. Cass., 9 avril 1835, Trainard, Dev., 1835, I, 450).

Il ne faudrait pas objecter que s'il s'agit d'un testament, l'influence du médecin, depuis qu'il a commencé à traiter le malade, a pu empêcher celui-ci de le révoquer?

La loi ne s'est point ici préoccupée de cette crainte, puisque si le testament a été fait avant la dernière maladie, le médecin, qui a ensuite traité le testateur durant cette maladie, n'est pas incapable de recevoir (comp. *infra* n°s 725 et suiv.; Demante, t. IV, n° 39 *bis*, I).

526. — Cette double condition, savoir: que la disposition ait été faite dans le cours de la maladie, dont le disposant est mort, est applicable, sans distinction, aux dispositions entre-vifs et aux dispositions testamentaires (art. 909).

En ce qui concerne le testament, il n'y a nul incon-

vénient à ne déclarer le médecin ou le ministre du culte incapable d'en profiter qu'autant que le testateur est mort de la maladie elle-même dans le cours de laquelle il l'a fait. Lorsque, en effet, le disposant survit à cette maladie, il peut révoquer son testament, s'il est vrai qu'il ait été surpris ou imposé à sa volonté; et s'il ne le révoque pas, il proteste ainsi lui-même contre toute supposition de ce genre.

Très-différente est la donation entre-vifs ! car le donateur guéri peut se trouver lié irrévocablement par une disposition, qui ne serait pas l'œuvre de sa volonté libre et éclairée.

L'objection est sérieuse assurément; et l'on pourrait dire encore ici peut-être que la donation entre-vifs n'a été assimilée au testament, que par suite de la distribution générale de notre titre, qui réunit tout d'abord, dans un même ordre de règles, ces deux modes de disposer (*supra*, n° 13).

Et toutefois cette objection elle-même n'est pas, à notre avis, sans réplique.

Le législateur, en effet, n'a pas voulu déclarer le médecin et le ministre du culte incapables, dans tous les cas, de recevoir, même de ceux avec lesquels ils sont en rapport, par suite de l'exercice de leur profession et de leur ministère; il n'a pas voulu qu'un donateur fût recevable à alléguer une maladie quelconque ou même seulement une indisposition pour demander la nullité d'une donation entre-vifs qu'il aurait faite à son médecin ou à son directeur spirituel. Et voilà pourquoi, dans l'impossibilité où il était de mesurer exactement le degré de gravité que devrait avoir la maladie, dans le cours de laquelle la disposition aurait été faite, pour entraîner la nullité de cette disposition, il a décidé que cette maladie devrait être mortelle.

Après tout, lorsque le disposant, rétabli de sa maladie, reconnaîtra que la donation entre-vifs qu'il a consentie, lui a été surprise ou imposée, il aura le droit d'en demander la nullité pour cause de dol, de fraude ou de violence; et il serait, mieux que personne, en mesure de dénoncer les manœuvres dont il aurait été l'objet.

Seulement, il est clair qu'il ne devrait pas différer beaucoup à demander cette nullité, après son rétablissement, s'il prétendait y être fondé; et que sa prétention s'annoncerait avec plus ou moins de vraisemblance, suivant qu'elle serait plus ou moins prompte ou tardive à se produire (*supra*, n° 400).

527. — On voit, d'après ce qui précède, combien il importe d'assurer la certitude de la date des dispositions testamentaires, que l'on fait au profit de son médecin ou de son directeur spirituel, afin d'écarter la prétention qui soutiendrait qu'elles ont été faites dans le cours de la dernière maladie.

Nous examinerons plus tard ce qui concerne la foi, qui est due à la date du testament olographe (comp. Cass., 22 févr. 1853, Nigault, Dev., 1853, I, 328).

Et l'on reconnaîtra qu'il est prudent d'employer, dans ces circonstances, la forme du testament public ou mystique (comp. Grenier, t. I, n° 141; Coin-Delisle, art. 909, n° 9; Toullier, t. II, n° 66; et Duvergier, *h. l.*, note *c*).

528. — Dans quels cas la disposition entre-vifs ou testamentaire devra-t-elle être considérée comme ayant été faite *pendant le cours de la maladie dont le disposant est mort?*

C'est là une question importante à résoudre, surtout dans le cas de plusieurs maladies successives, ou d'une maladie qui a présenté des intermittences plus ou moins longues, lorsque la disposition aura

été faite soit avant que le médecin ou le ministre du culte eût encore traité ou assisté le malade, soit après qu'il avait déjà cessé de le traiter ou de l'assister.

Question de fait, d'ailleurs, médicale autant que juridique, et sur laquelle les magistrats auront souvent à recourir aux lumières des hommes de l'art.

Ce que nous pouvons dire, au point de vue de l'interprétation de l'article 909, c'est qu'on ne saurait considérer comme une *maladie*, *dont le disposant serait mort,* une complexion délicate et l'état valétudinaire dans lequel il aurait vécu jusqu'à son dernier jour. Sans doute, l'article 909 n'exige pas qu'il s'agisse d'une maladie caractérisée, et à laquelle la pathologie aurait assigné un nom spécial; mais du moins faut-il qu'il y ait *maladie ;* or, on ne saurait qualifier de ce nom toutes ces *santés*, en si grand nombre, plus ou moins éprouvées par des douleurs de diverses sortes, soumises à un régime plus ou moins pénible, et qui se prolongent ainsi très-souvent, plus longtemps même que certains tempéraments des plus robustes! (comp. Cass., 27 août 1822, Fabrège, D., *Rec. alph., h. v.*, n° 368; Cass., 12 janv. 1833, Noguès, D., 1833, I, 71; Grenoble, 22 janv. 1834, Almèras-Latour, D., 1834, II, 163; Cass., 9 avril 1835, mêmes parties, D., 1835, I, 218; Coin-Delisle, art. 909, n° 11; Troplong, t. II, n° 646; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 436, 437; Massé et Vergé, t. III, p. 42).

529. — B. L'article 909 excepte de la prohibition, qui précède, deux sortes de dispositions, à savoir :

I. Les dispositions rémunératoires, à titre particulier;

II. Les dispositions universelles dans certains cas et sous certaines conditions.

530. — I. Et d'abord, il y aurait eu une exagération évidente et une souveraine injustice à empêcher

absolument le malade de récompenser les services, qui lui sont rendus par ceux qui le traitent ou qui l'assistent même dans la maladie dont il doit mourir. Est-ce que la reconnaissance n'est pas l'un des plus nobles sentiments de l'âme, et que la loi doit, au contraire, le plus favoriser! et puis, n'est-il pas de l'intérêt même du malade qu'il puisse s'attacher, de plus en plus, par des rémunérations, les personnes, qui se dévouent aux soins, souvent si assujettissants et si pénibles, que sa situation réclame!

C'est donc très-sagement, que l'article 909 autorise les dispositions rémunératoires.

Mais il y met toutefois deux conditions, à savoir :

1° Qu'elles soient à titre particulier, comme par exemple, de sommes d'argent, ou d'objets quelconques en nature, soit meubles, soit même immeubles ;

2° Qu'elles soient proportionnées aux facultés du disposant et aux services rendus.

531. — Donc, la disposition rémunératoire serait nulle et non pas seulement réductible, si elle était universelle ou à titre universel.

On a enseigné pourtant la doctrine contraire, et que même un legs universel pouvait être valablement fait, à titre rémunératoire, sauf, aux juges, s'il y avait excès, à le réduire à une juste proportion (comp. Troplong, t. II, n° 638; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 127, note *b; voy.* aussi Paris, 9 mai 1829, Ragey, Sirey, 1820, II, 259).

Mais cette doctrine nous paraît inadmissible :

1° Parce qu'elle viole, suivant nous, le texte même de l'article 909, qui, après avoir posé comme règle générale la prohibition de toute disposition, subordonne l'exception, qu'il y apporte, à la condition que les dispositions rémunératoires seront *à titre particulier,*

2° Parce que, en effet, une disposition universelle ou à titre universel manque, par elle-même, du caractère de simple disposition rémunératoire et qu'elle atteste que la libéralité a été inspirée par une autre intention;

3° Enfin, parce que la réduction de cette disposition excessive est alors véritablement impossible.

« Comment, en effet, réduire à un legs particulier un legs universel? Ne serait-ce pas en changer la nature? Ne serait-ce pas le faire passer d'une classe dans une autre et empiéter sur les droits du testateur?.... »

Voilà ce que dit, fort exactement, M. Troplong lui-même, dans une circonstance tout à fait analogue (t. II, n° 693).

Aussi, pensons-nous que la disposition universelle ou à titre universel devrait être déclarée nulle, lors même qu'elle serait qualifiée de rémunératoire, et sans qu'il y eût lieu d'en examiner la plus ou moins grande importance, fût-elle même relativement modique (comp. *infra*, n° 569; Grenoble, 6 févr. 1830, Trouillet, Dev., 1831, II, 186; Lyon, 22 mars 1843, Pitrat, Dev., 1843, II, 569; Caen, 31 mars 1846, Ursulines de Mortain, Dev., 1846, II, 431; Cass., 2 mars 1846, Chambon, Dev., 1846, I, 26; Coin-Delisle, art. 909, n° 13; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 437; Massé et Vergé, t. III, p. 42; Demante, t. IV, n° 30 *bis*, VI).

532. — Donc, la disposition à titre particulier et rémunératoire serait réductible, si elle dépassait les services rendus et les facultés du disposant; car tels sont les deux éléments comparés d'appréciation, d'après lesquels les magistrats doivent prononcer.

La disposition serait alors, disons-nous, non pas nulle, mais seulement réductible.

Nous supposons, bien entendu, une disposition, qui a un caractère rémunératoire, c'est-à-dire dont l'im-

portance n'est pas tellement considérable qu'elle exclue absolument l'idée d'une simple rémunération; dans ce cas, en effet, la disposition même à titre particulier, devrait elle-même être déclarée nulle (*supra*, n° 530).

Mais lorsque la disposition a un caractère rémunératoire, et que seulement elle excède la juste mesure de la rémunération, il n'y a lieu que de la réduire; car, dans ce cas, elle est valable, en soi; elle est dans l'exception; seulement, comme elle en dépasse la limite, on doit l'y faire rentrer; mais voilà tout.

Ce n'est pas à dire d'ailleurs que les magistrats ne doivent allouer au médecin que les honoraires qui lui sont dus et qu'il pourrait réclamer en justice! et M. Troplong nous paraît aller un peu trop loin, lorsqu'il écrit que « *ces rémunérations sont moins des libéralités proprement dites que le payement de ce qui est dû.* » (t. II, n° 638.)

« Attendu, dit la Cour de cassation, que, en autorisant les dispositions rémunératoires à titre particulier, le législateur a évidemment entendu parler non de la reconnaissance d'une dette, mais d'une disposition à titre gratuit renfermée dans de certaines limites.... » (13 août 1844, Sentex, Dev., 1844, I, 710.)

Cela nous semble incontestable; et la preuve en est aussi que cette exception est applicable, non-seulement aux médecins, mais encore aux ministres du culte, auxquels aucuns honoraires ne sont dus! (Comp. Coin-Delisle, art. 909, n° 13; Marcadé, art. 909, n° 4; Pont, *Revue crit. de jurisprud.*, t. II, p. 649.)

533. — Nous croyons, au reste, que les docteurs en médecine ou autres, qui auraient reçu une disposition rémunératoire, ne seraient pas, en général, fondés à réclamer, en outre, le payement de leurs honoraires.

Il n'y aurait pas lieu d'appliquer ici l'article 1023,

d'après lequel le legs fait au créancier ne sera pas censé fait en compensation de sa créance, ou le legs fait au domestique en compensation de ses gages.

Car, précisément, le caractère rémunératoire de la disposition autorisée par l'article 909 implique, au contraire, l'idée de la récompense des services rendus, et par suite, de l'acquittement de la dette qui en résultait; récompense, qui peut être très-large sans doute, et prendre même le caractère d'une libéralité, mais qui, par cela même, efface d'autant plus toute trace de dette et de créance dans les relations auxquelles elle s'applique.

Du moins, est-ce là une question d'intention qui ne devrait être, suivant nous, résolue autrement, qu'autant que la preuve d'une volonté différente de la part du disposant résulterait des termes de l'acte et des circonstances (comp. Duranton, t. VIII, n° 254; Vazeille, art. 909, n° 11; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 435; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 127 note *b*).

534. — Il n'est, d'ailleurs, nullement nécessaire que l'acte même de donation ou de testament exprime que la disposition est faite à titre rémunératoire.

La doctrine contraire a été, il est vrai consacrée par un arrêt de la Cour de Montpellier (19 mai 1813, Héritiers Séguret, Sirey, 1814, II, 90).

Mais cette doctrine ne viole pas seulement le texte de l'article 909, qui n'exige pas cette condition.

Elle blesse également les principes, qui veulent, en général, que l'on apprécie une disposition ou un acte quelconque, non d'après la dénomination qui lui a été donnée, mais d'après son caractère véritable; et de même qu'une disposition qualifiée rémunératoire peut n'avoir pas ce caractère (*supra*, n° 532), de même une disposition peut être rémunératoire, quoiqu'elle n'ait pas été ainsi qualifiée (comp. Cass., 10 déc. 1851,

Vulpillat, Dev., 1832, I, 41; Delvincourt, t. II, p. 60, note 4; Grenier, t. I, n° 127; Vazeille, art. 909, n° 13; Saintespès-Lescot, t. I, n° 253; Troplong, t. II, n° 639; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 437; Massé et Vergé, t. III, p. 43; Demante, t. IV, n° 30 *bis*, VI).

535. — II. La seconde exception autorise, avons-nous dit (*supra*, n° 529), les dispositions même universelles, dans certains cas.

Les dispositions universelles; ce qui comprend, évidemment, aussi les *dispositions à titre universel;* nous avons eu déjà l'occasion de rappeler que notre ancien droit ne faisait pas cette distinction entre les dispositions universelles et les dispositions à titre universel, et qu'il confondait les unes et les autres sous la dénomination de dispositions universelles (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. V, n° 31).

C'est le Code Napoléon, qui a introduit cette distinction; mais il y est encore resté des vestiges de l'ancienne terminologie; et l'article 909 en est une preuve de plus.

Il est à peine nécessaire de faire remarquer que cette exception, qui autorise des dispositions même universelles, autorise *a fortiori*, en faveur de ceux qui peuvent les recevoir, des dispositions à titre particulier, lors même qu'elles n'auraient pas le caractère rémunératoire; car cette exception, beaucoup plus large que la première, fait disparaître véritablement l'incapacité.

536. — Cette exception est admise par notre article 909 en faveur des parents jusqu'au quatrième degré inclusivement. (Comp. Bordeaux, 12 mai 1862, Ricaud, Dev., 1863, II, 25; Cass., 7 avril 1863, Vizerie, Dev., 1863, I, 172.)

Dans le cas de parenté, dit le texte.

On voit qu'il ne distingue pas entre la parenté directe

et la parenté collatérale, et qu'il n'exige pas non plus, en règle générale, que le parent gratifié soit héritier présomptif du disposant.

Toutefois, s'il y a des héritiers en ligne directe, l'exception n'est admise en faveur d'aucun parent, à moins qu'il ne soit lui-même du nombre de ces héritiers.

C'est-à-dire que l'exception que la loi fait en faveur des parents jusqu'au quatrième degré, est subordonnée, en outre, au point de savoir quels seront *les héritiers* du disposant, ou en d'autres termes, ceux qui seront appelés à sa succession.

De deux choses l'une, en effet :

Si le disposant n'a pas d'*héritiers* en ligne directe, c'est-à-dire si sa succession ne doit pas être dévolue à des parents de cette ligne, il peut faire une disposition universelle au profit de son médecin ou de son directeur spirituel : 1° lors même que celui-ci ne serait son parent que dans la ligne collatérale ; 2° lors même qu'il existerait un parent dans la ligne directe, si, d'ailleurs ce parent n'est pas *héritier* du disposant.

Voilà, par exemple, un homme, dont les seuls parents sont un aïeul, un frère et un cousin. On sait que, dans ce cas, le frère est héritier de son frère, à l'exclusion de l'aïeul (art. 750) ; eh bien ! cet homme pourrait disposer de l'universalité de sa fortune au profit de son cousin, qui l'aurait traité ou assisté ; car s'il est vrai qu'il y a un parent dans la ligne directe, ce parent n'étant pas *héritier*, ne fait pas obstacle à l'exception en faveur du cousin, parent au quatrième degré. Et il est clair que, dans cette même hypothèse, la disposition universelle pourrait être également et même *a fortiori*, faite au profit de l'aïeul, médecin ou directeur spirituel de son petit-fils.

Si, au contraire, le disposant a des *héritiers* en ligne

directe, c'est-à-dire si sa succession doit être dévolue à des parents de cette ligne, la parenté, de quelque ligne et de quelque degré que ce soit, ne fait pas cesser l'incapacité, à moins que le donataire ou le légataire ne soit lui-même du nombre de ces *héritiers*.

Un homme, par exemple, a son aïeul, son père, un fils et un petit-fils; il ne pourra pas faire une disposition universelle au profit de son aïeul, ou de son père, ou de son petit-fils, qui l'aurait traité ou assisté; car il y a un *héritier* dans la ligne directe, qui est le *fils*.

Mais l'aïeul, ou le père, ou le petit-fils lui-même, dira-t-on, est aussi parent dans la ligne directe!

Parent, oui! mais non pas *héritier;* or, il ne se trouverait dans l'exception, qu'autant qu'il serait lui-même du *nombre des héritiers* en ligne directe (art. 745); comme si un homme, ayant plusieurs enfants avait été traité ou assisté par l'un d'eux (art. 745); ou si un enfant ayant pour héritiers son père et son aïeul maternel (art. 748), avait eu l'un d'eux pour médecin ou pour directeur spirituel.

Telle nous paraît être la véritable interprétation de ce troisième alinéa de notre article 909 (comp. Grenier, t. I, n° 127, et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *c;* Vazeille, art. 909, n° 2; Poujol, art. 909, n° 8; Taulier, t. IV, p. 33; Marcadé, art. 900, n° 5; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 377; Demante, t. IV, n° 30 *bis*, VIII, XI; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 45).

537. — Nous devons dire, toutefois, que cette doctrine n'est pas unanimement admise, et qu'une autre interprétation a été présentée par plusieurs jurisconsultes.

D'après cette interprétation, le mot : *héritiers*, dans le troisième alinéa de l'article 909, serait synonyme de *parents*.

D'où il résulterait, contrairement aux solutions que nous venons de proposer :

1° Que, dans la première hypothèse, le malade, qui aurait un frère et un aïeul, ne pourrait pas faire une disposition universelle au profit de son cousin, médecin ou ministre du culte, qui l'aurait traité ou assisté ; car il aurait un *parent* en ligne directe, son aïeul ;

2° Que, dans la seconde hypothèse, le malade, qui aurait son aïeul, son père, un fils et un petit-fils, pourrait faire une disposition universelle au profit de son aïeul, de son père ou de son petit-fils, qui l'aurait, comme médecin ou ministre du culte, traité ou assisté; car le donataire ou légataire serait lui-même du *nombre des parents en ligne directe.*

Dans l'intérêt de cette doctrine, on a raisonné ainsi :

1° L'article 909 est moins sévère que l'article 907, puisque celui-ci n'excepte que les *ascendants ;* tandis que l'autre excepte tous *les parents jusqu'au quatrième degré inclusivement ;* et dès lors il ne se peut pas que l'article 909 soit entendu d'une façon plus rigoureuse que l'article 907 ; ce serait là une contradiction ;

Or, d'après l'article 907, les ascendants sont exceptés de la prohibition, en vertu de leur seule qualité, et sans qu'il y ait à s'enquérir s'ils sont ou ne sont pas héritiers ;

Donc, il en doit être de même, *a fortiori*, d'après l'article 909 ; donc, le mot *héritiers*, ne signifie, dans cet article, autre chose que *parents.*

2° Sur quel motif, en effet, repose l'article 909 aussi bien que l'article 907 ? sur la présomption d'un abus d'influence ; or, cette présomption est indépendante de la circonstance tout accidentelle que le malade aurait ou n'aurait pas des *héritiers* en ligne directe ! c'est

donc seulement à la qualité de *parents*, qu'il faut s'attacher.

3° On ajoute que la preuve en résulte du texte même de l'article 909, et que ces mots : *dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement*, ne peuvent s'entendre que de *la parenté collatérale*, qui se trouve mise ainsi en opposition avec *la parenté directe* par ces mots : *pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe*. « Autrement, dit-on, ces mots : *dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré*, formeraient un contre-sens avec la phrase incidente ; car si le donataire appartient à la ligne directe, on n'a pas pu dire d'une manière absolue que le décédé ne laissait pas d'héritiers dans cette ligne. » (Coin-Delisle, art. 909, n° 17; ajout. Duranton, t. VIII, n° 256; Guilhon, n° 187 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 438.)

Nous croyons pouvoir réfuter cette argumentation :

1° Et d'abord, elle nous paraît contraire au texte formel de la loi ! l'article 909, en effet, emploie le mot *héritiers ;* or, ce mot signifie ceux qui sont appelés à recueillir la succession ; il n'est point synonyme de *parent*. Cette synonymie est même ici particulièrement d'autant plus inadmissible, que le mot *parent* s'y trouve opposé, par une véritable antithèse, dans la même phrase, au mot *héritiers ;* et il serait inouï que le législateur eût employé, l'un à côté de l'autre, deux mots différents et d'une signification toujours différente, pour exprimer une seule et même idée ! (*Voy. l'Exposé des motifs*, par M. Bigot-Préameneu, Fenet, t. XII, p. 520).

Et ceci prouve que ces mots : *dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré*, peuvent et doivent s'entendre de la parenté directe comme de la parenté collatérale ; car il n'y a aucun contre-sens à dire que le *parent*, soit direct, soit collatéral, jusqu'au quatrième degré,

sera excepté de la prohibition, s'il n'y a pas d'*héritiers* en ligne directe, à moins que ce *parent* ne soit lui-même du nombre de ces *héritiers*.

2° L'interprétation, que nous combattons, rendrait d'ailleurs inexplicable l'exception que le troisième alinéa de l'article 909 apporte à la règle de la prohibition.

Pourquoi donc, en effet, lorsque le défunt a laissé un frère et un aïeul, le cousin, médecin ou ministre du culte, qui l'aurait traité ou assisté, ne pourrait-il pas recevoir une disposition universelle?

A cause de la présence de l'aïeul!

Eh! qu'importe la présence de cet aïeul, qui n'est pas *héritier*, puisqu'il est exclu par le frère! et comment comprendre que la faveur accordée à la parenté du donataire ou légataire disparaisse à cause de cet aïeul, qui ne profiterait lui-même, en aucune manière, de l'incapacité que sa présence seule pourtant produirait?

3° C'est là une preuve que l'argument déduit de l'article 907 n'est pas concluant. L'article 907 et l'article 909 ont, entre eux, sans doute, en ce qui concerne l'incapacité relative qu'ils établissent, une assez grande affinité; et nous l'avons constaté nous-même (*supra*, n° 499); mais, au contraire, en ce qui concerne l'exception, que chacun de ces articles a faite à l'incapacité, qu'il prononce, ils diffèrent profondément l'un de l'autre! Dans l'article 907, le législateur, pour faire cesser l'incapacité du tuteur, ne s'est attaché qu'à la seule qualité d'*ascendant*, sans se préoccuper de savoir quels étaient les *héritiers* du mineur; au contraire, dans l'article 909, il ne fait pas cesser l'incapacité du médecin ou du ministre du culte seulement à cause de sa qualité de parent; il veut, en outre, que l'on examine quels sont *les héritiers* du décédé; et on comprend qu'en adoptant ce double élément d'apprécia-

tion, il en soit venu à s'attacher aussi à la qualité d'*héritier* dans la personne du parent donataire ou légataire, et qu'il ait exigé que l'ascendant ou le descendant, pour être relevé de l'incapacité, lorsqu'il y avait des *héritiers* en ligne directe, fût lui-même du nombre de ces *héritiers*.

538. — Il est vrai qu'il résultera de notre doctrine que le sort de la disposition qui aura été faite au profit d'un parent du quatrième degré ou d'un degré plus proche, qui aurait traité ou assisté le disposant, dépendra de la composition de la famille, non pas au moment de la confection de la disposition, mais au moment du décès du disposant, puisque ce n'est qu'à ce dernier moment que l'on pourra savoir : 1° s'il y a des héritiers en ligne directe ; 2° si le donataire ou le légataire est du nombre de ces héritiers.

Et l'on pourrait s'en faire contre nous une objection, en disant qu'il s'agit ici d'une incapacité fondée sur la présomption d'une captation qui a dû, au contraire, s'exercer au moment de la confection de la disposition, et qui ne saurait dépendre des événements ultérieurs.

Mais nous répondrons que c'est de la loi elle-même, telle qu'elle a été, suivant nous, évidemment faite, que dérive cette conséquence; et que, après tout, on conçoit que la loi se soit montrée plus ou moins sévère, dans l'admission de l'exception, suivant qu'il existe ou qu'il n'existe pas des héritiers en ligne directe, et suivant aussi que le donataire ou le légataire est ou n'est pas lui-même du nombre de ces héritiers (comp. Demante, t. IV, n° 30 *bis*, X).

539. — De là il nous paraît résulter encore que la renonciation ou l'indignité des héritiers en ligne directe, devrait faire cesser l'incapacité, dont le parent donataire ou légataire, ne se trouvait frappé que par

suite de leur vocation héréditaire ; car c'est seulement en faveur des *héritiers* en ligne directe, c'est-à-dire en faveur de ceux qui recueillent la succession du décédé, que la loi fait cesser l'exception, qui rend capable le médecin ou le ministre du culte parent direct ou collatéral jusqu'au quatrième degré, mais non héritier lui-même du décédé ; or, l'héritier en ligne directe, lorsqu'il est renonçant ou indigne, est réputé n'avoir jamais été héritier (art. 785; comp, toutefois *supra*, n°s 423 et suiv.).

540. — Il pourrait arriver que le défunt eût laissé en même temps des héritiers dans la ligne directe et des héritiers dans la ligne collatérale, un aïeul paternel, par exemple, et des oncles ou des cousins maternels (comp. art. 733, 748, 749, 753).

Dans ce cas, la disposition universelle faite au profit du médecin ou du ministre du culte, qui serait parent au quatrième degré, mais qui ne serait pas héritier, ne pourrait pas sans doute être exécutée sur la moitié revenant aux héritiers dans la ligne directe.

Mais pourquoi ne s'exécuterait-elle pas sur la moitié revenant aux héritiers de la ligne collatérale ?

Nous n'y verrions aucun obstacle ; car la *fente* opère, à certains égards, un dédoublement de la succession (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. I, n° 367); et puisque ce n'est qu'en faveur des héritiers de la ligne directe, que le parent, qui n'est pas héritier lui-même, ne peut pas invoquer l'exception, il n'y a pas de motif pour qu'il ne puisse pas l'invoquer contre les héritiers de la ligne collatérale.

Si donc, le décédé a fait un legs universel, ce legs sera exécuté pour toute la moitié revenant aux héritiers collatéraux.

Que s'il n'avait fait qu'un legs à titre universel, un legs, par exemple, du quart de ses biens, il y aurait

lieu d'examiner s'il doit être exécuté en entier ou seulement pour partie sur la moitié revenant aux héritiers collatéraux. Ce serait là une question d'interprétation; et par exemple, si on reconnaissait que, dans la pensée du disposant, le legs du quart devait peser indistinctement sur l'universalité de ses biens, les collatéraux n'en devraient supporter que le quart, c'est-à-dire un huitième; et le legs, quant à l'autre huitième, serait nul, puisqu'il ne pourrait pas être exécuté contre les héritiers en ligne directe, à la charge duquel le disposant l'avait mis (comp. Demante, t. IV, n° 30 *bis*, XI; Marcadé, art. 909, n° 5).

541. — Nous proposerons enfin, sur cette difficile exception, une dernière hypothèse.

Un homme a deux frères, et ses père et mère.

Il a été traité ou assisté par l'un de ses frères; et il a fait, à son profit, une disposition universelle (articles 748, 749).

Le frère, médecin ou ministre du culte, peut-il en profiter?

On voit de suite l'objection qui va surgir contre lui :

L'article 909 ne fait cesser l'incapacité en faveur du parent jusqu'au quatrième degré, que s'il n'y a pas d'*héritiers en ligne directe*, à moins qu'il ne soit lui-même du nombre DE CES HÉRITIERS.... en ligne directe, par conséquent;

Or, d'une part, il y a ici des héritiers en ligne directe, le père et la mère du décédé; d'autre part, le frère n'est pas lui-même du nombre des héritiers en ligne directe;

Donc, l'incapacité ne cesse pas en sa faveur.

L'argument est serré; mais, en vérité, est-ce que la conclusion en est admissible!

Que veut le législateur?

Une seule chose, c'est que, lorsqu'il y a des héritiers

en ligne directe, le parent donataire ou légataire soit avec eux, relativement à la succession, sur un pied d'égalité, et qu'il soit, comme eux et avec eux, *héritier;*

Or, le frère est, comme les père et mère et avec eux, héritier;

Donc, l'incapacité doit cesser en sa faveur.

Tel est, en effet, suivant nous, le véritable sens de ces mots : *à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite, ne soit lui-même du nombre de ces héritiers.*

De ces héritiers, non pas précisément *en ligne directe*, comme eux, mais *de ces héritiers*, en ce sens qu'il soit appelé, comme eux, à la succession du décédé (comp. Poujol, art. 909, n° 8; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 127, note *c*).

542. — L'exception, d'ailleurs, n'étant établie par notre article 909 qu'en faveur des *parents*, ne saurait être étendue *aux alliés;* et c'est là encore une preuve de plus que le législateur a tenu compte de la vocation héréditaire; car les alliés ne sont pas héritiers (comp. *supra*, n° 495; notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. II, n° 468; Cass., 12 oct. 1812, Aliard, Sirey, 1813, I, 38; Duranton, t. VIII, n° 255; Vazeille, art. 909, n° 3; Coin-Delisle, art. 909, n° 13; Saintespès-Lescot, t, I, n° 234; Troplong, t. II, n° 641).

543. — Mais l'article 909 serait-il applicable au mari médecin, qui aurait traité sa femme, durant sa dernière maladie, ou au mari ministre du culte (protestant ou israélite), qui l'aurait assistée?

La négative a été généralement admise, et avec grande raison :

1° Aux termes de l'article 212, le mari doit assistance à sa femme; et de là résulte le devoir et le droit aussi sans doute! de lui donner ses soins dans ses maladies; il serait révoltant de dire que le mari devrait alors

s'éloigner de sa femme, et la délaisser, précisément afin de conserver ses titres aux témoignages de sa tendresse et de sa reconnaissance! Donc, puisque le mari, qui soigne ou qui assiste sa femme, remplit ainsi l'un des plus nobles devoirs du mariage, il est impossible que le législateur l'ait frappé d'incapacité, à raison même de l'accomplissement de ce devoir.

2° Aussi, n'en est-il rien; le législateur, au contraire, a réglé, par des dispositions spéciales, ce qui concerne les libéralités entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage (art. 1091 et suiv.); ces dispositions forment un ordre de principes complet sur cette matière, et qui s'appliquent dans tous les cas et à tous les maris sans distinction, quel que soit leur état, médecins, ministres du culte ou autres, et dans quelque situation qu'ils puissent se trouver; et il en résulte, comme la Cour de cassation l'a dit fort justement, que *ce n'est pas pour les époux qu'a été établie la prohibition contenue dans l'article* 909 (30 août 1808, *infra*).

Ce motif nous paraît très-exact; il ne faudrait pas dire, en effet, que le mari, médecin ou ministre du culte, est dans l'exception; ce qui supposerait que la règle lui est applicable; car si on convenait une fois qu'il se trouve compris dans la règle, il serait logiquement difficile de l'en faire sortir, en présence du texte de l'article 909; mieux vaut donc décider que cet article tout entier ne le concerne pas.

3° Et cela est, en même temps que très-moral, très-logique aussi et très-rationnel; ce n'est pas le médecin, en effet, ou le ministre du culte, qu'il aurait fallu déclarer incapable dans le mari! c'est le mari lui-même! ce sont tous les maris! car l'influence du mari est apparemment bien plus puissante alors que l'influence du médecin ou du ministre spirituel. Aussi la loi y

a-t-elle pourvu ; elle a établi des garanties, précisément contre les entraînements de l'affection conjugale, et contre les autres abus possibles de cette situation (*voy.* art. 1094, 1096, 1098) ; ces garanties sont générales, et le législateur a pensé qu'elles suffisaient pour tous les cas sans distinction (comp. Cass., 30 août 1808, Rey, Sirey, 1808, I, 482 ; Paris, 11 nov. 1851, Caille, cité par M. Troplong (*infra*) ; Taulier, t. III, n° 66 ; Duranton, t. VIII, n° 257 ; Grenier, t, I, n° 127 ; et Bayle-Mouillard, note *d ;* Saintespès-Lescot, t. I, n° 250 ; Troplong, t. II, n° 643 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 438 ; Massé et Vergé, t. III, p. 44 ; Demante, t. IV, n° 30 *bis*, XIII).

544. — Mais supposons que le médecin ou le ministre du culte ait épousé la femme malade, dans le cours même de la maladie, dont elle est morte.

Et d'abord, ce mariage sera-t-il valable ?

Assurément oui ! car aucun texte de loi ne rend les médecins ou les ministres du culte incapables de contracter mariage avec la femme malade, qu'ils traitent ou qu'ils assistent (comp. Cass, 21 août 1822, *infra*).

Or, si le mariage est valable, il doit, régulièrement, produire tous les effets civils d'un valable mariage ; d'où il suit que l'article 909 est inapplicable soit aux donations que la femme aurait faites par contrat de mariage, soit aux donations ou aux dispositions testamentaires qu'elle aurait faites depuis le mariage au profit de son mari ; car ces donations ou testaments ont eu pour cause le mariage ; elles ont été faites au profit du futur mari ou du mari ; et, par conséquent, d'après la solution qui précède, elles sont gouvernées uniquement par les règles qui régissent les dispositions entre époux.

Et il n'y a pas même lieu de distinguer si le traitement ou l'assistance a précédé ou seulement suivi le

mariage (comp. Cass., 21 août 1822, Boyer, Sirey, 1828, I, 100).

545. — Nous nous empressons toutefois d'ajouter une restriction importante.

C'est qu'il n'en serait pas ainsi, dans le cas où il résulterait des circonstances du fait que le médecin ou le ministre du culte n'a épousé la femme malade, que dans le but d'échapper frauduleusement à l'incapacité, dont il était frappé par l'article 909.

Il se peut sans doute qu'un mariage soit loyalement contracté par un médecin ou par un ministre du culte, dans une telle occurence; un mariage, par exemple, dont le projet était déjà arrêté avant la maladie de la femme; et alors, il est juste qu'il produise tous les effets d'un mariage loyalement contracté.

Mais il n'est pas non plus impossible (et même ne sera-ce pas peut-être l'hypothèse la plus ordinaire!) qu'un tel mariage ne soit qu'une odieuse spéculation et qu'une fraude détestable afin de déjouer la sage prévoyance de la loi; et alors aussi, il est juste et moral que la fraude n'atteigne pas son but!

Les dispositions, que la femme malade aurait faites au profit de son médecin ou de son directeur spirituel, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage, devraient donc être déclarées nulles.

Mais par quel motif?

Demante a pensé que « ce n'était pas précisément par l'effet de la présomption légale de l'article 909, mais en vertu du pouvoir toujours réservé au juge d'apprécier la suggestion d'après les circonstances. » (T. IV, n° 30 *bis*, XIII.)

Mais nous croyons, au contraire, que c'est par une application directe de l'incapacité prononcée par l'article 909, que ces dispositions devraient être déclarées nulles.

En effet, la règle est que le médecin ou le ministre du culte est, aux termes de cet article, incapable de profiter des dispositions faites à son profit par la malade, qu'il a traitée ou assistée; il est vrai qu'il est affranchi de cette incapacité, lorsqu'il a la qualité de mari; mais précisément, on ne tient pas compte de cette qualité, lorsqu'il ne se l'est procurée que pour s'en faire un moyen frauduleux contre la prohibition de la loi; donc, il demeure alors sous le coup de l'article 909; c'est en ce sens que M. Duranton a fort bien dit que *l'indignité ne saurait couvrir l'incapacité!* (T. VIII, n° 257; comp. Paris, 24 févr. 1817, Gille de Hau, Sirey, 1817, II, 354; Paris, 26 janv. 1818, Dusordet, Sirey, 1818, II, 360; Cass., 11 janv. 1820, Bonnet, Sirey, 1820, I, 157; Cass., 21 août 1822, Boyer, Sirey, 1823, I, 100; Merlin, *Répert.*, v° *Chirurgien*, § 1, n° 4, et v° *Médecin*, § 3, n° 4; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 66, note 2; Chardon, *du Dol et de la Fraude*, t. II, n°s 395 et suiv.; Coin-Delisle, art. 909, n° 19; Saintespès-Lescot, t. I, n° 251; Troplong, t. II, n° 643; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 438; Massé et Vergé, t. III, p. 44.)

546. — Ne faudrait-il pas même, dans tous les cas, déclarer nulle la disposition, qui aurait précédé le mariage autrement que par contrat de mariage, et qui aurait été faite pendant que le médecin ou le ministre du culte traitait ou assistait la femme malade, qu'il a ensuite épousée; dans tous les cas, disons-nous, c'est-à-dire lors même que le mariage aurait été ensuite loyalement contracté et non dans le but de se soustraire à la prohibition de la loi?

Tel est le sentiment de Demante, qui enseigne que la nullité doit être prononcée « si la disposition et le traitement ont précédé le mariage; car la libéralité alors aurait été faite dans l'état d'incapacité, que le

mariage postérieur ne ferait cesser que pour l'avenir. » (T. IV, n° 30 *bis*, XIII.)

Et ce sentiment nous paraîtrait, en effet, juridique.

Tout au moins, faut-il reconnaître que cette circonstance qu'une libéralité aurait été faite par la malade à son médecin, ou à son directeur spirituel, avant tout projet de mariage, rendrait le mariage très-suspect, et devrait faire naturellement croire qu'il n'aurait eu pour but que d'effacer la prohibition, qui empêchait le médecin ou le ministre du culte de profiter de cette libéralité !

547. — M. Troplong enseigne que *la qualité de médecin ne doit pas effacer celle d'ami.*

« L'affection fondée sur des rapports étroits d'amitié, de dévouement, est, dit l'éminent auteur, un titre aussi grand que la reconnaissance. Si la loi admet la reconnaissance de services rendus, réprimera-t-elle l'amitié incontestée, qui est indépendante des soins donnés dans la dernière maladie, qui est antérieure à ces soins et qui est la seule cause de la libéralité ? Je ne le crois pas ; il ne faut pas qu'un ami, qui, en sa qualité de médecin, est venu secourir son ami mourant, et l'assister auprès de son chevet, soit privé, par cela seul, des libéralités qu'il doit à l'affection et non à un empire aveugle. L'important, en pareil cas, est de savoir si le legs a été le résultat des soins donnés ou bien s'il n'a pas eu sa cause dans une amitié antérieure et indépendante de ces soins. Dans ce dernier cas, ce n'est pas le médecin, qui a été gratifié, c'est l'ami ; et la prohibition de l'article 909 n'est plus applicable ; l'ancienne jurisprudence est formelle sur ce point. » (T. II, n° 640 ; comp. aussi Cass., 14 juill. 1812, de Thais, D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et Testam.*, n° 375.)

Nous ne croyons pas que cette doctrine soit admissible :

1° Et, d'abord, il est clair que l'argument déduit de l'ancienne jurisprudence ne saurait être concluant; Pothier nous en donne lui-même le motif, en rappelant que « l'incapacité des confesseurs, médecins et autres personnes semblables, n'était établie par aucune loi, comme l'est celle des tuteurs, mais seulement par la jurisprudence des arrêts ; » d'où il pouvait alors conclure « que cette incapacité ne doit pas être si strictement interprétée et que ceci doit dépendre des circonstances. » (*Des Donations entre-vifs*, sect. I, art. 1, § 8.)

C'est-à-dire que, du temps de Pothier, il n'existait pas contre les médecins, de présomption légale, ni d'incapacité proprement dite.

Très-différent est notre droit nouveau ! c'est une loi aujourd'hui, qui établit l'incapacité des médecins ; c'est en vertu d'une présomption légale qu'ils sont déclarés incapables; et il n'appartient pas aux juges d'appliquer plus ou moins strictement cette loi suivant les circonstances ;

Or, d'une part, la règle, c'est l'incapacité que l'article 909 prononce contre le médecin ; d'autre part, l'article 909 n'admet que deux exceptions définies et limitées, en dehors desquelles la règle reprend nécessairement son empire ;

Donc, le médecin, qui est atteint par l'incapacité, n'en peut être affranchi qu'autant qu'il se trouve dans l'une ou dans l'autre des deux exceptions; et, puisque les rapports, même antérieurs et notoires d'affection et de dévouement entre le disposant et lui, ne constituent ni l'une ni l'autre de ces exceptions, la conséquence inévitable en est qu'il demeure frappé de l'incapacité.

2° M. Troplong paraît bien le reconnaître en ce

qui concerne la seconde exception, et que le médecin, fût-il l'ami le plus ancien et le plus dévoué de son malade, ne pourrait pas recevoir de lui une disposition universelle; et ceci prouve que l'arrêt de la Cour de cassation du 24 juillet 1832, que le savant auteur invoque à l'appui de sa doctrine, ne lui prête, en réalité, aucun secours; car cet arrêt précisément a validé une disposition universelle faite par un malade...; mais au profit de qui? nous l'avons déjà dit (*supra*, n° 511), au profit d'un légataire qui a été reconnu n'avoir été, ni de droit ni de fait, le médecin du disposant!

Ce n'est donc que la première exception que l'on prétend appliquer au médecin, en sa qualité d'ami.

Mais cette exception, quelle est-elle?

Elle autorise les *dispositions rémunératoires*, faites à titre particulier, *eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus;*

Or, on suppose, bien entendu (sans cela il n'y aurait pas de question!), que la disposition, dont il s'agit, n'est pas *rémunératoire;*

Donc, elle ne se trouve pas non plus dans la seconde exception; donc, elle demeure sous l'empire de la règle, qui est l'incapacité!

3° Ajoutons enfin que si une fois on s'écarte de cette voie simple et sûre, on retombe nécessairement dans l'arbitraire de notre ancien droit.

On réclame une exception en faveur des médecins ou des ministres du culte, qui sont liés par des relations d'amitié avec le disposant!

Mais qui ne sait que telle est le plus souvent la situation, et que le médecin ordinaire et le directeur spirituel est presque toujours l'ami de celui dont il possède la confiance et auquel il donne ses soins et ses conseils! Est-ce qu'avec une telle exception, la règle elle-même ne disparaîtrait pas tout à fait!

Et puis, quelle sera la mesure de cette disposition, qui n'aurait plus pour cause *des services rendus*, mais, comme on dit, *le titre d'ami!* comment pourra-t-on apprécier si elle est excessive et d'après quelle base !

Nous concluons donc que la qualité d'ami ne saurait effacer celle de médecin. Si rigoureuse que cette conclusion puisse paraître, elle est, à notre avis, la conséquence nécessaire de la prohibition, que l'article 909 a prononcée, et qui peut, en effet, elle même paraître rigoureuse dans quelques-unes de ses applications ; mais tel est toujours l'effet des présomptions légales, qui ne rendent qu'à ce prix les services que le législateur en attend ! Le plus que l'on pourrait faire, lorsqu'il y aurait eu des services rendus par le médecin, qui était l'ancien ami du disposant, ce serait de se montrer difficile pour prononcer la réduction d'une disposition rémunératoire, qui aurait été faite à son profit, quand même elle semblerait un peu considérable ; mais on ne saurait aller au delà sans violer le texte même de la loi ! (Comp. Demante, t. IV, n° 30 *bis*, XII.)

548. — C'est que, en effet, l'article 909, de même que l'article 907, crée une présomption légale, *juris et de jure*, contre laquelle aucune preuve contraire ne saurait être admise (art. 1352).

Ou plutôt, il crée une incapacité, qui, une fois écrite dans la loi, y demeure indépendante des motifs qui ont pu déterminer le législateur à l'y écrire.

Et de même qu'on ne serait pas recevable, pour échapper à l'application de l'article 907, à prouver que la disposition faite au profit du tuteur, est l'œuvre de la volonté libre du mineur, on ne serait pas davantage recevable, pour échapper à l'application de l'article 909, à prouver que la disposition faite au profi du médecin ou du ministre du culte, est l'œuvre de la volonté libre de celui qu'ils ont traité ou assisté (comp.

Toulouse, 10 mai 1856, Louviers, Dev., 1857, II, 97; *Observations* de M. Latatlhède, *h. l.*; Bordeaux, 12 mai 1862, Ricaud, Dev., 1863-2-25; *Nouvelles Observations*, *h. l.*; Cass., 7 avril 1863, Vizerie, Dev., 1863, I, 172).

549. — Les deux exceptions, que l'article 909 admet à la prohibition qu'il prononce, sont-elles applicables à ceux qui exercent illégalement l'art de guérir?

Nous le croirions ainsi.

L'article, en effet, se compose de deux parties, qui forment un tout indivisible; à savoir: d'une règle d'abord, et ensuite de deux exceptions, qui sont inséparables de la règle;

Or, nous avons reconnu que la règle était applicable à ceux qui exercent illégalement l'art de guérir (*supra*, n° 511);

Donc, en reconnaissant que la règle leur était applicable, nous avons, par cela même, aussi reconnu que les exceptions devraient leur être applicables également.

Il y aurait tout à la fois défaut de logique et injustice à leur appliquer seulement une partie de l'article et point l'autre, et à diviser, contre eux, un texte, qui ne peut être appliqué que dans son entier, dès qu'on le déclare applicable.

L'injustice serait d'autant plus grande, que ceux qui pratiquent la médecine sans titre, n'ont pas d'action devant les tribunaux pour le payement de leurs honoraires, et qu'ils ne peuvent, en conséquence, obtenir d'autre remunération de leurs soins, quelquefois très-dévoués, que de la libre reconnaissance de celui qu'ils ont traité (comp. Paris, 9 mai 1820, Bagey, Sirey, 1820, II, 259; Grenoble, 6 février 1830, Trouillet, Dev., 1830, II, 309, et 1831, II, 186; Zachariæ,

Aubry et Rau, t. V, p. 437; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 375).

550. — Au reste, cette solution n'offre pas de dangers très-sérieux.

Car il est clair que, indépendamment de l'incapacité, qui est décrétée par l'article 909, il est toujours permis, lorsqu'on ne se trouve pas dans les conditions qu'il exige, de demander à prouver, en fait, que la disposition est le fruit d'un abus d'influence et d'autorité.

Et cette preuve pourra être entreprise soit contre ceux qui ne se trouveraient pas compris dans la règle posée par l'article 909, soit contre ceux qui, se trouvant d'ailleurs compris dans la règle, se trouveraient en même temps dans l'une ou dans l'autre des deux exceptions que l'article 909 y apporte; il n'est pas douteux que l'on pourrait également demander à prouver contre ceux-ci que la disposition, qui a été faite à leur profit, n'est pas l'œuvre de la volonté libre du disposant; et alors, en les débusquant de l'exception qui les protégeait, on les ferait retomber dans la règle qui les déclarait incapables.

Nous savons que la preuve, en cas pareil, peut-être faite par tous les moyens, par témoins et par présomptions (comp. Paris, 31 janv. 1861, Bernard, *Gazette des Tribunaux* du 6 fév. 1861; Coin-Delisle, art. 909, n° 3; Demante, t. IV, n° 30 *bis*, I).

551. — Tel est l'article 909.

L'ancienne jurisprudence avait encore admis, par interprétation de l'Ordonnance de 1539 et des coutumes (*supra*, n° 492), plusieurs incapacités relatives plus ou moins semblables, que notre article n'a pas reproduites.

Ces incapacités d'ailleurs étaient déjà, même autrefois, très-controversées; si bien que, d'après le

témoignage de Furgole, il était peu de sujets, sur lesquels les différents auteurs se fussent *si fort contre-carrés !* (Question 32, sur l'Ordonnance de 1731, n° 11.)

C'est ainsi d'abord que l'on discutait la question de savoir si l'on devait maintenir les dispositions entre-vifs ou testamentaires, qui étaient faites soit par les domestiques, serviteurs ou intendants en faveur de leurs maîtres, soit par les maîtres en faveur de leurs domestiques, serviteurs ou intendants.

L'opinion la plus commune, pourtant, maintenait à la fois les unes et les autres (comp. Furgole, quest. 34, sur l'Ordonn. de 1731; Ricard, *des Donations*, part. I, chap. I, sect. IX, n° 485; Pothier, *des Donations*, sect. I, art. 2, § VIII, 3°).

Il doit en être évidemment de même aujourd'hui.

N'aurait-il pas été sage de limiter à des dispositions rémunératoires, eu égard aux services rendus et aux facultés du disposant, la capacité pour les domestiques et serviteurs de recevoir de leurs maîtres? c'est là une autre question, une question de législation, qui ne nous paraît pas toutefois dépourvue de gravité.

Est-ce qu'il n'y a pas dans ces relations intérieures, de tous les jours et de tous les instants, de puissants moyens de captation? et même, quand il s'agit de vieillards, auxquels les services sont devenus nécessaires, ne peut-on pas craindre d'autres abus encore plus graves, des actes d'intimidation et de contrainte ! (*Supra*, n° 381.)

N'est-il pas aussi d'un fâcheux exemple de voir, comme nous en avons vu, de ces coups de fortune qui enrichissent, du jour au lendemain, au détriment de la famille, un serviteur, par l'attribution d'un patrimoine immobilier considérable, hors de toute proportion avec ses services, avec son état, avec son édu-

cation ! Est-ce donc là une bonne leçon et un encouragement pour le travail patient et honnête, qui ne doit avoir, au terme de sa carrière, que le petit capital provenant de ses longues et rudes épargnes !

552. — Plus d'incapacité, non plus, bien entendu, contre les *procureurs*, que plusieurs autrefois déclaraient incapables de recevoir des dispositions entre-vifs ou testamentaires de leurs clients, du moins lorsque l'affaire, dont ils étaient chargés pour eux, était embarrassée et considérable (Pothier, *loc. supra cit.;* Furgole, *loc. supra*, quest. 32).

553. — N'avait-on pas même voulu étendre cette incapacité jusqu'aux avocats !

Tel était l'avis de Ricard, qui la limitait toutefois aux donations entre-vifs (*loc. supra cit.*, n° 503).

Que nous aimons bien mieux Pothier répondant à Ricard que « la noblesse de cette profession, et l'élévation de sentiments, qui règne dans l'ordre des avocats, les met à l'abri de tout soupçon. » (*Sur l'article* 276 *de la Cout. d'Orléans*, note 6; comp. aussi Basnage, *sur l'article* 439 *de la Cout. de Normandie.*)

553 *bis.* — Ce n'est point d'ailleurs ici le lieu de nous occuper de certaines incapacités toutes spéciales, telles que celle qui résulte de l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI, aux termes duquel les notaires ne peuvent ni instrumenter pour eux-mêmes, ni recevoir d'actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale, jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties ou *qui contiendraient quelques dispositions en leur faveur.*

On trouve aussi une incapacité de même genre dans l'article 997, qui porte que le testament ne pourra contenir aucune disposition au profit des officiers du vaisseau, s'ils ne sont parents du testateur (comp. l'Ordonn.

de 1681 sur la marine, liv. III, tit. II, art. 3; *Voy.* aussi art. 975 Code Napol.).

C. — *De l'incapacité des enfants naturels de rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions.*

SOMMAIRE.

554. — L'article 908 comprend, sous le nom d'enfants naturels, les enfants adultérins et incestueux, comme les enfants naturels simples. — Motif.
554 *bis.* — C'est sur les biens, qui composent la succession du père ou de la mère, qui doit être calculée la portion que l'enfant naturel peut recevoir.
554 *ter.* — Suite.
555. — La prohibition, que l'article 908 prononce, a-t-elle le caractère d'une incapacité personnelle proprement dite?
556. — Suite.
557. — Suite.
558. — Suite. — Le sort de la disposition faite à un enfant nature n'est pas subordonné à la condition qu'il viendra à la succession de son auteur.
559. — Entre quelles personnes la prohibition décrétée par l'article 908 est-elle applicable?
560. — Suite.
561. — Suite. — L'article 908 est-il applicable aux enfants et descendants légitimes de l'enfant naturel? — Renvoi.
562. — Suite.
563 — Suite. — Du cas où le père ou la mère de plusieurs enfants naturels, n'ayant pas de parents légitimes, aurait fait à l'un de ses enfants naturels une donation entre-vifs ou un legs par préciput.
564. — L'article 908 suppose que les enfants naturels ont été légalement reconnus.
565. — Suite.
566. — Le concubinage n'est plus aujourd'hui une cause d'incapacité relative entre l'homme et la femme, qui ont vécu dans un commerce illicite.
567. — Suite. — Il en serait ainsi, dans le cas même où les relations illicites auraient été entachées d'inceste ou d'adultère.

554. — Aux termes de l'article 908 :

« Les enfants naturels ne pourront, par donation « entre-vifs ou par testament, rien recevoir au delà de

« ce qui leur est accordé au titre *des Successions.* » (Ajout. art. 338.)

Il n'est pas douteux que cette dénomination : *les enfants naturels,* comprend ici non-seulement les enfants naturels simples, mais encore les enfants adultérins ou incestueux.

Nous avons vu, en effet, dans le titre *des Successions,* que la loi accorde certains droits aux uns et aux autres ; des droits sans doute plus considérables aux premiers qu'aux seconds ; mais enfin le titre *des Successions* détermine, pour tous les enfants nés hors mariage, les droits qu'ils pourront réclamer dans la succession de leurs père et mère.

Pour les enfants naturels simples, c'est une quotité héréditaire plus ou moins forte, eu égard à la qualité des parents légitimes, que leur auteur a laissés (art. 757, 758);

Pour les enfants adultérins ou incestueux, ce sont des aliments (art. 762).

Eh bien ! ce que l'article 908 vient déclarer, pour les uns comme pour les autres, c'est que toutes ces déterminations de droits sont et doivent demeurer définitives et invariables ! C'est dans ce but déjà que l'article 760 avait déclaré que les enfants naturels seront tenus d'imputer sur ce qu'ils ont droit de prétendre tout ce qu'ils ont reçu de leurs père ou mère, et qui serait sujet à rapport (*voy.* notre *Traité des Successions,* t. II, n° 132).

Et voilà comment les enfants naturels sont frappés d'une incapacité relative de recevoir de leurs père et mère, au delà de ce qui leur est attribué par la loi elle-même dans leur succession.

554 *bis.* — Les dispositions, qui peuvent être faites par les père et mère au profit de leur enfant naturel, étant limitées par l'article 908, à la portion, qui lui

est accordée au titre *des Successions*, il s'ensuit que c'est sur les biens, qui composent la succession de ses père et mère, à l'époque de leur décès, que cette portion doit être calculée.

Et les père et mère ne pourraient pas l'augmenter, en déclarant qu'ils entendent que les biens par eux donnés entre-vifs seront réunis fictivement aux biens existants dans leur succession, pour que la portion de leur enfant naturel soit calculée sur cette masse totale.

L'enfant naturel sans doute pourrait être fondé à demander cette réunion fictive, s'il prétendait que sa réserve ne se trouve pas intacte dans la succession; il le pourrait, de même qu'un enfant légitime, puisqu'il a des droits héréditaires semblables à ceux d'un enfant légitime, moins seulement l'étendue.

Mais aussi réciproquement, de même qu'un enfant légitime, dont la réserve ne serait pas entamée, ne pourrait pas demander la réunion fictive des biens donnés entre-vifs aux biens existants dans la succession (art. 920-921), l'enfant naturel ne le peut évidemment pas non plus; car les biens donnés entre-vifs avaient cessé d'appartenir à son auteur, et se trouvent, à l'époque de son décès, complétement en dehors de la succession ab intestat; or, la part de l'enfant naturel dans la succession ab intestat ne peut pas être augmentée, directement ou indirectement, par ses père et mère (comp. Orléans, 7 janv. 1860, Lochard, Dev., 1860, II, 225).

554 *ter.* — C'est par application du même principe que les père et mère naturels ne pourraient pas, à notre avis, en faisant un legs au profit d'un tiers, déclarer qu'ils veulent que ce legs ne diminue pas la portion de leur enfant et qu'il soit entièrement prélevé sur la portion de leurs héritiers légitimes.

Primus, par exemple, décède, laissant un enfant na-

turel reconnu et un frère ; et il a légué à un tiers la moitié de ses biens, en déclarant que sa volonté est de disposer uniquement de la moitié héréditaire afférente à son frère, et de laisser, au contraire, intacte à son enfant naturel, la moitié héréditaire, qui lui revient ab intestat.

Eh bien ! nous ne croyons pas qu'une telle disposition soit valable.

Il faut convenir toutefois que cette application de notre principe peut paraître plus délicate.

Ne pourrait-on pas, en effet, raisonner ainsi contre cette solution :

1° Les enfants naturels ne peuvent pas recevoir, par donation entre-vifs ou par testament, au delà de ce qui leur est accordé au titre *des Successions;* mais du moins peuvent-ils recevoir tout ce qui leur est accordé au titre *des Successions ;*

Or, d'une part, l'article 757 accorde à l'enfant naturel, en concours avec un frère du défunt, la moitié des biens héréditaires; d'autre part, l'enfant naturel ne recevra, par la disposition dont il s'agit, que la moitié des biens héréditaires, c'est-à-dire exactement la portion qui lui est accordée par la loi, dans la succession ab intestat ;

Donc, cette disposition n'est contraire ni à l'article 757, ni à l'article 908.

2° Il faut remarquer, en effet, que les biens dont le père naturel a disposé au préjudice de son frère, étaient dans sa succession ; car il ne s'agit pas ici, comme tout à l'heure (*supra* n° 554 *bis*) de biens qni seraient sortis de son patrimoine par une donation entre-vifs ; non ! ces biens étaient dans sa succession ; et par conséquent, ils doivent être comptés pour le règlement de la part héréditaire de l'enfant naturel.

3° On ajoute enfin que la doctrine contraire aurait

des conséquences extrêmement fâcheuses ; car il en résulterait que les pères et mères naturels, qui auraient de graves sujets de mécontentement contre leurs héritiers légitimes, et qui voudraient les priver entièrement de leurs droits héréditaires, ne pourraient y réussir qu'en réduisant à sa réserve leur enfant naturel, lors même que cet enfant ne leur aurait donné, au contraire, que des sujets de satisfaction (comp. Cass., 14 mars 1837, Delaunay, D., 1837, I, 277; Paul Gilbert, Dev., 1859, I, 883, *Observations*).

Ces motifs ne manquent pas de gravité; mais ils ne nous paraissent pourtant pas juridiques :

1° La loi, dans l'intérêt de l'ordre public et pour l'honneur des familles, a réglé souverainement les droits de l'enfant naturel dans la succession de ses père et mère ; et l'enfant naturel ne peut recevoir d'eux, par donation entre-vifs ou par testament, que ce qui lui est accordé par la loi.

Pour savoir donc quelle est la portion qu'il peut recevoir, par l'effet des dispositions de ses père et mère, il faut se demander ce qu'il aurait pu recueillir, si ses père et mère n'avaient pas fait de disposition en sa faveur;

Or, dans l'espece proposée, si le père naturel, après avoir légué la moitié de ses biens à un tiers, n'avait rien ajouté de plus en faveur de son enfant naturel, l'autre moitié, formant la succession ab intestat, se serait partagée entre le frère du défunt et son enfant naturel, qui aurait eu ainsi le quart.

Donc, c'est seulement le quart que l'enfant naturel peut recevoir ; puisque aucune déclaration ou disposition de ses père et mère ne peut avoir pour résultat qu'il obtienne au delà de ce qu'il aurait eu dans la succession ab intestat.

2° Mais on se récrie que l'enfant n'a pas ici au delà de ce qu'il aurait eu dans la succession ab intestat,

puisque sa part, lorsqu'il est en concours avec un frère, est de la moitié de la succession, et qu'il n'a effectivement que la moitié!

La réponse est, suivant nous, que la succession ab intestat (dans l'espèce), la succession légitime, telle qu'elle doit, en effet, être partagée, d'après la loi, entre le frère et l'enfant naturel du défunt, aux termes de l'article 757, ne se compose plus que de la moitié des biens qu'il a laissés à son décès.

La succession ab intestat, en effet, est nécessairement diminuée par toutes les charges, dettes ou legs, qui pèsent sur l'universalité du patrimoine du défunt; or, le legs de la moitié des biens pèse sur l'universalité du patrimoine et diminue, par conséquent, d'autant la portion de chacun des part-prenants dans cette universalité; donc, il diminue la portion de l'enfant naturel, de même que la portion de l'héritier légitime.

3° Qu'est-ce donc que cette déclaration du père naturel qu'il entend que le legs, qu'il a fait de la moitié de ses biens, soit exclusivement supporté par son frère, et que son enfant naturel reçoive, au contraire, l'autre moitié entière et intacte? elle n'est, en réalité, autre chose qu'un legs fait par le père naturel à son enfant de la moitié, qui revenait à son frère dans la succession ab intestat, telle qu'elle devait se partager entre eux, d'après le titre *des Successions*, après le prélèvement du legs fait à l'étranger.

Donc, une telle disposition est contraire tout à la fois aux articles 757 et 908 (comp. *infra* n° 689; Cass., 15 nov. 1859, Bailly, Dev., 1859, I, 881; Dutruc, *Observations*, *h. l.*).

555. — Mais est-il vrai que cette prohibition de l'article 908 ait le caractère d'une incapacité personnelle?

Il serait impossible de le méconnaître, quand on considère la place où cet article 908 a été mis par le législateur, dans le chapitre II, qui traite *de la capacité de disposer ou de recevoir*, entre deux articles (907 et 909), qui s'occupent de deux incapacités relatives.

Ce qu'il faut ajouter pourtant, c'est qu'elle constitue une règle de disponibilité réelle plutôt encore qu'une règle d'incapacité personnelle; et c'est là une thèse, que nous croyons avoir déjà démontrée (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. II, n° 83).

Quelle est, en effet, la cause de cette prohibition?

C'est l'intérêt social, qui s'oppose à ce que l'enfant naturel obtienne, au préjudice de la famille, les mêmes avantages que l'enfant issu du mariage; c'est l'intérêt des parents légitimes, que le législateur a voulu garantir contre des libéralités par lesquelles les père et mère naturels auraient pu les dépouiller, au grand détriment de la morale publique, en faveur du fruit de leur désordre (comp. Pothier, *Introduct. au titre* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 43).

Et ce qui prouve que les enfants naturels simples ne sont pas tout à fait incapables de recevoir de leurs père et mère, c'est qu'ils peuvent recueillir la totalité de leurs biens, lorsque ceux-ci ne laissent pas de parents au degré successible (art 758).

Donc, c'est surtout en faveur des parents au degré successible que la prohibition est décrétée contre eux; c'est-à-dire que cette prohibition constitue non pas seulement une incapacité, soit des père et mère de disposer, soit de l'enfant de recevoir, mais aussi une réserve *sui generis*, en faveur des parents légitimes à l'encontre de l'enfant naturel (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. II, n°s 83 et 90).

Et il est certain, par exemple, que les père et mère eux-mêmes ne pourraient pas demander la nullité

d'une donation entre-vifs, qu'ils auraient faite à leur enfant naturel, quelle que fût d'ailleurs l'importance et même l'exagération de cette donation (comp. Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 235).

556. — La règle que nous venons de poser, n'est pas aussi absolument vraie, en ce qui concerne les enfants adultérins ou incestueux, qui ne peuvent jamais recevoir que des aliments, lors même que leur père ou mère ne laisserait aucun parent au degré successible (art. 762), et à l'égard desquels la prohibition prononcée par l'article 908, revêt beaucoup plus le caractère d'une incapacité (*voy.* notre Traité précité, t. II, n° 132).

Et toutefois, cette règle leur est également applicable, en ce sens que, pour eux comme pour les enfants naturels simples, ce n'est qu'à l'époque de l'ouverture de la succession, que l'on est recevable à demander la réduction de la libéralité, quelle qu'elle soit, entre-vifs ou par testament, qui leur aurait été faite par leur auteur; car le droit d'en demander la réduction n'est accordé que par l'article 908; et l'article 908, par sa relation avec l'article 762, démontre que toutes ces questions-là sont ajournées à l'époque de l'ouverture de la succession.

Il faut remarquer, en effet, que si l'enfant adultérin ou incestueux n'a droit qu'à des aliments, ces aliments du moins sont réglés, eu égard au nombre et à la qualité des héritiers légitimes de son auteur (art. 762), et que, par conséquent, pour lui aussi, la mesure suivant laquelle la libéralité, qui lui a été faite, devra être réduite, ne peut être connue qu'au décès.

Mais d'ailleurs on prétendrait en vain que la donation entre-vifs qui lui a été faite, excède par son importance, et excédera toujours la mesure d'une simple pension alimentaire.

Qui pourrait donc élever une telle prétention, si ce n'est le père ou la mère du donateur ? or, il nous paraît certain qu'il serait déclaré non recevable, en vertu des articles 762 et 908 (comp. Demante, t. IV, n° 28 *bis*, II).

557. — De ce que le caractère de la prohibition décrétée par l'article 908 est, à certains égards, celui d'une loi de quotité disponible et de réserve, il résulte :

1° Que c'est, non pas l'époque où la disposition a été faite, mais l'époque de l'ouverture de la succession du disposant, qu'il faut considérer pour savoir, eu égard au nombre et à la qualité de ses héritiers, si cette disposition est ou n'est pas excessive ;

2° Que, dans le cas où elle est reconnue excessive, elle est seulement réductible et non pas nulle (art. 920, 922 ; *voy.* notre *Traité des Successions*, t. II, n° 83).

558. — Mais il n'en faudrait pas conclure que le sort de la disposition est subordonné à la condition que l'enfant naturel donataire, ou du moins ses descendants légitimes, à son défaut (art. 759), viendront à la succession du donateur.

Aucun texte, ni du titre *des Successions*, ni de celui-ci, ne prononce la caducité de la donation faite à l'enfant naturel pour cause de prédécès du donataire ou de ses enfants ; et il serait tout à fait impossible, en effet, de la prononcer ; car ce serait là transformer une incapacité seulement partielle, en une incapacité totale, et déclarer nulle une libéralité, que la loi déclare seulement réductible.

Le bénéfice de la donation entre-vifs est donc, suivant le droit commun, irrévocablement acquis à l'enfant naturel donataire (art. 894), lors même que, par suite de son prédécès et de celui de ses enfants, ou de leur renonciation, ils ne viendraient pas à la succession du père ou de la mère donateur ; c'est, en un mot,

une donation, qui produit, en sa faveur, comme en faveur des autres successibles, cette alternative : ou de la garder, s'ils renoncent à la succession; ou de la rapporter, s'ils l'acceptent.

Et ce qui résulte seulement de notre article 908, qui limite, dans tous les cas, la donation faite à l'enfant naturel à la mesure de son droit héréditaire telle qu'elle sera déterminée lors de l'ouverture de la succession de son auteur, c'est que, en effet, dans tous les cas, soit qu'il accepte, soit qu'il renonce, la donation, qui dépasserait cette mesure, devrait y être réduite (comp. Demante, t. IV, n° 28 *bis*, III).

559. — Quant à la question de savoir entre quelles personnes est applicable la prohibition décrétée par notre article 908, nous croyons qu'il faut, pour la résoudre, s'attacher à l'étroite corrélation, qui existe entre cet article et les articles du titre *des Successions* qui règlent les droits des enfants naturels.

Ce que décide en effet, l'article 908, c'est que les enfants naturels, auxquels des droits sont accordés dans la succession de celui, qui a fait à leur profit, une donation entre-vifs ou un legs, ne peuvent, par cette donation ou ce legs, recevoir des droits plus forts que leurs droits héréditaires.

D'où cette conséquence que l'article 908 s'applique à tous ceux auxquels le titre *des Successions* accorde des droits dans la succession de celui, qui a fait à leur profit une donation entre-vifs ou un testament :

A tous ceux-là , disons-nous;

Et rien qu'à ceux-là !

560. — A tous ceux-là d'abord ; et voilà pourquoi nous avons déjà constaté que l'article 908 est applicable aux enfants adultérins ou incestueux (art. 762), comme aux enfants naturels simples (*supra*, n° 554).

561. — Voilà pourquoi nous sommes aussi porté à

croire qu'il faudrait appliquer l'article 908 aux enfants et descendants légitimes de l'enfant naturel, auxquels les articles 759 et 760 du titre *des Successions*, attribuent les mêmes droits qu'à l'enfant naturel dans la succession de l'auteur de celui-ci (comp. Pothier, *Introduct. au titre* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 43).

C'est là toutefois une thèse très-controversée, que nous avons exposée ailleurs avec les développements qu'elle comporte; et nous ne pouvons que nous y référer (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. II, n° 95).

562. — Mais, en sens inverse, l'article 908 n'est applicable :

Ni aux enfants naturels de l'enfant naturel, vis-à-vis des père ou mère de leur auteur;

Ni à l'enfant naturel lui-même, vis-à-vis des parents, quels qu'ils soient, de ses père et mère, de leurs père ou mère, de leurs frères ou sœurs, etc.

Car non-seulement le titre *des Successions* n'accorde ni aux uns, ni aux autres, aucun droit héréditaire; mais l'article 756 déclare formellement que *la loi ne leur accorde aucun droit sur les biens des parents de leurs père et mère.*

Nous avons aussi exposé déjà cette doctrine dans notre *Traité des Successions* (t. II, n°s 83 et 88).

563. — Puisque ce n'est que dans l'intérêt des héritiers légitimes de leurs père et mère, que les enfants naturels ne peuvent pas recevoir au delâ de la portion, qui leur est accordée par la loi, la conséquence en est encore que lorsque leurs père et mère n'ont pas d'héritiers légitimes, l'article 908 cesse d'être applicable (art. 758 ; *supra*, n° 555).

Il en serait ainsi dans le cas même ou le père ou la mère, ayant plusieurs enfants naturels, aurait fait à l'un d'eux une donation entre-vifs ou un legs par préciput, car ce n'est pas dans l'intérêt des enfants natu-

rels, à l'encontre des autres enfants naturels, leurs frères ou sœurs, que cette espèce d'incapacité relative a été décrétée !

Le seul droit des autres enfants naturels serait donc de demander leur réserve, si la donation entre-vifs ou le legs fait à l'un d'eux l'avait entamée (*voy.* notre Traité précité, t. II, n° 102 ; ajout. Demante, t. IV, n° 28 *bis*, IV).

564. — Il est évident que l'article 908 suppose que les enfants naturels ont été légalement reconnus.

L'article 756, du titre *des Successions*, ne leur accorde, en effet, de droit sur les biens de leurs père et mère décédés, *que lorsqu'ils ont été légalement reconnus.*

Donc, s'ils n'ont pas été légalement reconnus, ils n'ont pas de droit dans leur succession.

Et s'ils n'ont pas de droit dans leur succession, l'article 908 leur est inapplicable ! (*Supra*, n° 559.)

565. — De quelle manière la filiation des enfants naturels simples, adultérins, ou incestueux, peut-elle être légalement reconnue ?

Est-il permis de rechercher la maternité ou même la paternité contre l'enfant naturel simple, adultérin ou incestueux, à l'effet de l'empêcher de recueillir les libéralités excessives, qui lui auraient été faites par celui, ou par celle que l'on prétendrait être son père ou sa mère ?

Dans le cas même où l'enfant naturel simple, adultérin ou incestueux, n'aurait pas été légalement reconnu, ne pourrait-on pas faire réduire ou annuler la libéralité, qui lui aurait été faite, si, dans l'acte même de libéralité, le disposant avait avoué sa paternité ou sa maternité, et s'il en résultait que la filiation naturelle, adultérine ou incestueuse, est la cause même de cette libéralité ?

Questions très-graves et très-controversées, que nous avons déjà examinées ailleurs, avec toute l'étendue que réclamait leur importance (*voy.* notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n°s 527, 536 et suiv.; 587 et 588).

566.—Dans notre ancienne jurisprudence, l'homme et la femme, qui avaient vécu ensemble dans un commerce illicite, étaient incapables de se faire des libéralités.

Don de concubin à concubine ne vaut!

Cette incapacité relative avait même été consacrée formellement par l'article 132 de l'Ordonnance de 1629 ; et plusieurs coutumes en renfermaient aussi la déclaration expresse ; on exceptait seulement les dispositions faites pour cause d'aliments (comp. Cout. d'Anjou, art. 348; du Maine, art. 354; Furgole, chap. VI, sect. II, n° 85 ; Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. II, art. 11, § 6 ; Loysel, *Instit. cout.*, I, III, 25).

Un article du projet de Code civil, de la commission du Gouvernement, avait d'abord maintenu la même incapacité en ces termes :

« Ceux qui ont vécu ensemble dans un concubinage « notoire, sont respectivement incapables de se donner. » (Art. 11; Fenet, t. II, p. 275.)

Mais cet article a été supprimé.

Néanmoins on a soutenu encore que, même sous notre Code, les concubins étaient réciproquement incapables de se donner et de recevoir l'un de l'autre (comp. Poitiers, 13 thermidor an XI, Garreau, Sirey, II, 492; Besançon, 25 mars 1808, Ebaudy, Sirey, 1809, II, 14; Grenoble, 17 janv. 1812, Caudy, Sirey, 1813, II, 11 ; Angers, 19 janv. 1814, Gaudin, Sirey, 1815, II, 55 ; Cass., 28 janv. 1820, le Chevalier, Sirey, 1820, I, 421 ; Delvincourt, t. II, p. 60, note 12 ;

Bedel, *Traité de l'Adultère ;* Delpech, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. VII, p. 279 et suiv.).

Mais cette doctrine n'a pas été admise ; et elle ne pouvait pas évidemment l'être :

1° Aux termes de l'article 902, toutes personnes peuvent disposer et recevoir par donation entre-vifs ou par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables;

Or, nulle part, la loi, dans notre Code, n'a déclaré les concubins respectivement incapables de se donner ou de recevoir l'un de l'autre ;

Donc, les concubins ne sont pas, en effet, incapables.

La suppression de l'article précité du projet confirme encore de plus en plus cette déduction.

2° On se récrie contre l'immoralité et les périls de cette doctrine; et qu'il n'est pas tolérable qu'une loi, qui pose des limites aux libéralités entre époux, afin de prévenir les entraînements de la plus sainte et de la plus légitime des affections, laisse, au contraire, libre carrière aux scandaleuses largesses, dans lesquelles les concubins peuvent être entraînés par les écarts d'une affection honteuse et déréglée? (*Voy.* M. Sauzet, *Rome devant l'Europe*, p. 219.

Mais le législateur a considéré très-sagement que l'application de cette incapacité soulèverait inévitablement des difficultés de toutes sortes; qu'elle deviendrait une source de calomnies et de diffamations ; que la prétendue notoriété du concubinage, que l'on aurait exigée, n'aurait été qu'une condition illusoire, qui n'aurait pas garanti les familles ni la mémoire des morts contre les plus déplorables inquisitions ; et que cette incapacité causerait finalement elle-même un plus grand désordre social que la capacité !

3° Quant à l'argument qui consiste à dire que de telles libéralités doivent être annulées comme ayant une cause illicite, aux termes des articles 1131 et 1133, il est manifeste qu'il confond la *cause* avec les *motifs!* Est-ce que, en effet, les articles 1131 et 1132 sont applicables aux actes à titre gratuit? est-ce que la cause d'un acte à titre gratuit n'est pas, de la part du disposant, la volonté de conférer un bienfait! et cette cause, en soi, est-ce qu'elle est jamais illicite! (*Voy.* notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n° 587.)

Concluons que les concubins ne sont pas respectivement incapables.

Et cela, même sans qu'il y ait à distinguer à quelle époque la disposition a été faite, pendant la durée des relations illicites ou après qu'elles avaient cessé.

Seulement, si des enfants étaient issus de leurs relations, ils pourraient être, du vivant de ces enfants, considérés comme personnes interposées (art. 911).

De même aussi que le concubinage pourra être l'un des éléments les plus graves de la captation et de la suggestion, si la libéralité qui aurait été faite par l'un des concubins à l'autre, était attaquée pour cette cause. Mais voilà tout; et on ne saurait aller plus loin (comp. *supra*, n° 396; Turin, 7 juin 1809, Servetti, Sirey, 1810, II, 46; Pau, 20 mars 1822, Laclède, Sirey, 1822, II, 223; Grenoble, 15 juin 1822, Truchet, Sirey, 1825, II, 136; Paris, 17 juill. 1826, Hil, Sirey, 1829, II, 104; Cass., 1er août 1827, Malterre, Sirey, 1828, I, 49; Montpellier, 13 févr. 1829, Guinard, Sirey, 1830, II, 13; Lyon, 25 mars 1835, Trollion, Dev., 1835, II, 241; Cass., 25 janv. 1842, Nerbal, Dev., 1842, I, 687; Agen, 7 mai 1851, Dèche, Dev., 1851, II, 273; Cass., 26 mars 1860, Guillot, Dev., 1860, I, 321; et *J. du P.*, 1861, p. 238; Merlin,

Répert., v° *Concubinage*, n° 2; Chabot, *Quest. transit.*, v° *Dons entre concubinaires*, n° 3; Grenier, t. I, p. 148, et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note 5; Vazeille, art. 901, n° 17; Guilhon, t. I, n°s 213 et suiv.; Duranton, t. VIII, n° 242; Troplong, t. II, n° 568; Saintespès-Lescot, t. I, n° 160; Pont, *Rev. crit. de jurisprud.*, t. I, p. 589; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 432, 433; Massé et Vergé, t. III, p. 33; Demante, t. IV, n° 29 *bis;* Bertauld, *Philosophie politique de l'histoire de France*, p. 200-203).

567. — Les arguments, qui précèdent, ont aussi, par avance, démontré qu'il n'y a aucune distinction à faire, relativement au caractère plus ou moins illicite des relations, que l'on prétendrait avoir existé entre l'homme et la femme, dont l'un aurait fait une libéralité à l'autre.

Et cette libéralité serait valable, dans le cas même où les relations auraient été adultérines ou incestueuses.

Il n'est pas en effet, un seul des motifs, que nous avons déduits tout à l'heure soit des textes, soit des principes, qui ne se présente, avec une force au moins égale, pour démontrer que les concubins, quels qu'ils soient, ne sont pas frappés d'incapacité relative (comp. les citations, *supra,* n° 556).

D. — *De l'incapacité relative, spéciale aux congrégations et communautés religieuses de femmes, légalement autorisées, et aux membres de ces communautés.*

SOMMAIRE.

568. — Exposition,

569. — Deux cas sont prévus par la loi du 24 mai 1825 : A. d'abord, celui, où la disposition est faite au profit de la communauté. — La disposition ne peut alors être faite qu'à titre particulier. —

Pourquoi? — *Quid*, si la disposition avait été faite à titre universel?

570. — Suite.

571. — En outre, lorsque la disposition faite au profit de la communauté, émane de l'un de ses membres, elle ne peut s'élever au delà du quart des biens du disposant, à moins que le don ou le legs n'excède pas la somme de dix mille francs. — *Quid*, si la disposition dépassait cette mesure?

572. — Il ne faudrait pas imputer sur cette quotité disponible la dot que la novice apporte lors de son entrée dans l'établissement.

573. — B. Le second cas est celui où la disposition est faite par l'un des membres d'une communauté religieuse de femmes au profit d'un autre de ses membres. — En quoi consiste alors l'incapacité relative?

574. — Suite.

575. — La loi du 24 mai 1825 a-t-elle abrogé l'article 10 du décret du 18 février 1809, d'après lequel les sœurs hospitalières ne pouvaient disposer entre-vifs au profit de qui que ce soit?

576. — L'article 5 de la loi du 24 mai 1825 ne serait pas applicable aux dispositions que des membres d'une communauté non autorisée feraient au profit d'autres membres de cette communauté.

568. — Nous devons exposer une dernière incapacité relative, par suite de laquelle les personnes qui font partie d'une communauté religieuse de femmes légalement autorisée, ne peuvent pas disposer, au delà d'une certaine mesure, soit au profit de la communauté elle-même, soit au profit des autres membres de cette communauté.

Le législateur a craint, avec raison, les influences secrètes et les entraînements du zèle religieux; et il a cru qu'il devait protéger la famille naturelle contre les libéralités excessives, par lesquelles elle aurait pu être sacrifiée à cette famille spirituelle, à laquelle le disposant s'est dévoué.

Tel est le but de la loi du 24 mai 1825, dont les articles 4 et 5 sont ainsi conçus :

Article 4 : « Les établissements dûment autorisés « (communautés religieuses de femmes), pourront, « avec l'autorisation spéciale de l'Empereur :

« 1° Accepter les biens meubles et immeubles qui « leur auraient été donnés par acte entre-vifs ou « par acte de dernière volonté, à titre particulier seu- « lement....

« 2°. . . . . .

Article 5 : « Nulle personne faisant partie d'un éta- « blissement dûment autorisé ne pourra disposer, par « acte entre-vifs ou par testament, soit en faveur de cet « établissement, soit au profit de l'un de ses membres, « au delà du quart de ses biens, à moins que le don « ou le legs n'excède pas la somme de dix mille francs.

« Cette prohibition cessera d'avoir lieu relativement « aux membres de l'établissement, si la légataire ou « donataire était héritière en ligne directe de la testatrice « ou donatrice.

« Le présent article ne recevra son exécution, pour « les communautés déjà autorisées, que six mois après « la publication de la présente loi; et pour celles qui « seraient autorisées à l'avenir, six mois après l'auto- « risation accordée. »

569.—Ces articles règlent, comme on voit, deux cas:

D'abord, celui où la disposition est faite au profit de la communauté, soit par un membre de cette communauté, soit par une personne étrangère;

Ensuite, celui où la disposition est faite par un membre de la communauté au profit d'un autre de ses membres.

A. — L'article 4 décide, pour le premier cas, que la disposition au profit de la communauté ne peut être faite qu'à *titre particulier*.

Pourquoi? Est-ce (comme dans le cas de l'article 909-1°) afin de mettre un frein aux libéralités exagérées, dont ces établissements pourraient devenir l'objet.

Tel n'est pas évidemment ici le motif de la loi; car

lorsque la disposition émane de toute autre personne que d'un membre de l'établissement, elle peut comprendre la totalité de la fortune du disposant, dès qu'elle est à titre particulier; l'incapacité de disposer au profit de l'établissement au delà d'une certaine mesure, n'est, en effet, que relative aux membres de l'établissement lui-même.

Il faut donc chercher ailleurs le motif de cette prohibition qui est faite par l'article 4, à l'établissement lui-même de recevoir autrement qu'à titre particulier; et c'est, en effet, surtout par des raisons de convenance, afin que les communautés religieuses de femmes ne fussent pas obligées de se départir de la retenue et de la dignité, qui sont essentiellement la loi de leur institution, c'est pour cela que le législateur n'a pas voulu qu'elles pussent être investies d'un titre successif universel, qui les aurait mises en scène, avec tous les embarras, et les contestations, et les responsabilités, qui peuvent s'ensuivre.

Et comme le texte de l'article 4 est formel, il faut en conclure qu'une disposition universelle ou à titre universel, faite au profit d'un tel établissement, serait nulle et non pas seulement réductible (comp. *supra*, n° 521; Lyon, 22 mars 1843, Pitrat, Dev., 1843, II, 569; Cass., 2 mars 1846, Chambon, Dev., 1846, I, 26; Caen, 31 mars 1846, Ursulines, de Mortain, Dev., 1846, II, 431; Duvergier, *Rec. des lois*, t. XXV, p. 224, note 2; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 130 *bis*, § 4, p. 589; Troplong, t. II, n° 693; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 440).

570. — Cette solution est applicable dans tous les cas, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la disposition faite au profit de l'établissement émane d'une personne étrangère, ou d'un membre de l'établissement.

L'établissement lui-même ne peut recevoir, de qui

que ce soit, qu'à titre particulier (art. 4; *voy.* les citations, *supra*, n° 569).

571. — Mais, en outre, lorsque la disposition faite au profit de l'établissement émane de l'un de ses membres, elle ne peut, aux termes de l'article 5, s'élever au delà du quart des biens du disposant, à moins que le don ou le legs n'excède pas la somme de dix mille francs.

Que si la disposition dépassait cette mesure, elle ne serait pas nulle; elle serait seulement réductible, comme toute libéralité qui n'a d'autre défaut que d'excéder la quotité de biens, dont la loi permettait de disposer (arg. de l'article 5 de la loi du 24 mai 1825 et de l'article 920 du Code Napol.; comp. Cass., 2 déc. 1845, Chambon, Dev., 1846, I, 26).

572. — Remarquons qu'il ne faudrait pas considérer comme une libéralité, imputable sur cette quotité disponible du quart, la dot apportée par la novice lors de son entrée dans l'établissement; cette dot ou cette somme n'est, en effet, que le prix du logement, de la nourriture et de l'entretien que l'établissement doit, de son côté, lui fournir; c'est une sorte de convention à titre onéreux; ce n'est pas une disposition à titre gratuit (comp. Agen, 22 mars 1836, la communauté de la Visitation, D., 1836, II, 118; Cass., 2 décembre 1845, Pitrat, Dev., 1846, I, 385; Bayle-Mouillard, *loc. supra,* p. 590; Troplong, t. II, n° 694).

573. — B. — Pour le second cas, c'est-à-dire relativement aux dispositions faites par l'un des membres d'une communauté religieuse de femmes au profit d'un autre de ses membres, l'article 5, le seul, qui s'en occupe, se borne à décider qu'elles ne pourront s'élever non plus au delà du quart des biens du disposant, à moins que le don ou le legs n'excède pas la somme de dix mille francs.

M. Troplong en a déduit la conséquence que *cet article 5 considère les sœurs appartenant à l'établissement comme personnes interposées pour les dons et legs qui s'adressent à elles personnellement* (t. II, n° 694).

D'où il résulterait nécessairement, quoique l'éminent auteur ne s'en explique pas, que ces dons et legs ne pourraient être faits aux sœurs elles-mêmes qu'à titre particulier.

Et c'est là, en effet, ce qu'enseigne M. Bayle-Mouillard (*loc. supra cit.*).

Mais il nous semble que ces déductions ne sont pas renfermées dans l'article 5.

Nous ne voyons pas, en effet, qu'il prononce l'incapacité personnelle et directe, contre les membres de la communauté, de recevoir de l'un des autres membres; et, par conséquent, la sœur est capable de donner à sa sœur, jusqu'à concurrence du quart de ses biens, laquelle est aussi capable de recevoir dans cette mesure (art. 902).

Et quant à l'incapacité de recevoir à titre universel, c'est seulement contre l'établissement lui-même qu'elle est prononcée, d'une manière absolue, par l'article 4; mais elle n'est pas reproduite par l'article 5, en ce qui concerne les dispositions faites par l'un des membres de la communauté au profit d'un autre de ses membres (comp. Grenoble, 13 janv. 1841, Reynaud, Dev., 1841, II, 87; Cass., 2 déc. 1845, Chambon, Dev., 1846, I, 26; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 440).

574. — Et même toute espèce de restriction cesse, entre les membres de la communauté respectivement, lorsque la légataire ou donataire est héritière en ligne directe de la testatrice ou donatrice (art. 5).

575. — Ces derniers mots prouvent certainement, suivant nous, que la loi du 24 mai 1825 a tout à fait abrogé l'article 10 du décret du 18 février 1809, relatif

aux congrégations ou maisons hospitalières de femmes (*supra*, n° 466).

D'après cet article, les sœurs hospitalières ne pouvaient, *par acte entre-vifs*, ni reconcer à leurs biens au profit de leur famille, *ni en disposer soit au profit de la congrégation, soit au profit de qui que ce soit;* mais d'ailleurs, elles conservaient la libre faculté de disposer par testament;

Or, tout au contraire, la loi du 24 mai 1825, en même temps qu'elle limite, d'un côté, au quart des biens, la faculté de disposer par testament, accorde, d'un autre côté, la faculté de disposer par donation entre-vifs aussi jusqu'à concurrence du quart;

Donc, cet article tout entier est applicable aux religieuses hospitalières, dont il règle la capacité d'une manière complète et indivisible.

La preuve certaine, disons-nous, en est dans l'article 5, qui ajoute que cette restriction à la faculté de disposer entre-vifs cessera même entièrement, si la *donataire* est héritière en ligne directe de la *donatrice!*

Et comme il n'est pas contestable que la loi du 24 mai 1825 est applicable aux maisons hospitalières de femmes, légalement autorisées (art. 8), il est démontré que l'article 5 du décret du 18 août 1809 a été abrogé par cette loi.

Cet article 5 avait été sans doute inspiré par une pensée très-sage; en défendant aux religieuses hospitalières de disposer entre-vifs de leurs biens *soit au profit de la congrégation, soit au profit de qui que ce soit*, le législateur avait voulu les prémunir contre cet esprit d'abnégation absolue et d'entier renoncement, par lequel elles auraient pu être portées elles-mêmes à se fermer toute voie au repentir et au retour. Cela est vrai! Mais dès l'instant où la loi du 24 mai 1825 levait cette incapacité vis-à-vis de la congrégation elle-même et de

chacun de ses membres, il serait inouï qu'elle l'eût maintenue vis-à-vis de la famille et des parents, dont l'influence était, certes, beaucoup moins à redouter! Et il y aurait eu même là une contradiction manifeste, puisque l'article 5 démontre, au contraire, que la famille naturelle (du moins en ligne directe) est plus favorisée par la loi que la confraternité religieuse et la famille spirituelle.

Tels sont les motifs, pour lesquels nous ne saurions adopter le sentiment de M. Coin-Delisle, qui enseigne que la loi du 24 mai 1825 a laissé subsister cette incapacité des religieuses hospitalières (art. 910, n° 9).

Il nous semble avoir prouvé cette abrogation de l'article 10 du décret du 18 février 1809, que notre savant confrère ne croit pas pouvoir reconnaître dans la loi du 24 mai 1825; et ce qui nous confirme dans cette conclusion, c'est, d'une part, qu'elle est conforme aux discussions, qui ont précédé la loi, et à l'instruction ministérielle (de M. l'évêque d'Hermopolis) qui l'a suivie; et d'autre part, que le *Moniteur* du 6 avril 1827 constate que, sur deux mille huit cents établissements de religieuses qui existaient au 1er janvier 1825, vingt congrégations seulement étaient vouées à la vie contemplative, tandis que toutes les autres étaient des congrégations hospitalières; celles-ci formaient donc l'immense majorité; et c'est pour elles surtout évidemment que la loi a dû être faite (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 132; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 130 *bis*, note *b*, § 3, p. 590; Troplong, t. II, nos 696, 697).

576. — Remarquons enfin que l'article 5 de la loi du 24 mai 1825 ne serait pas applicable aux dispositions entre-vifs ou par testament, que des membres d'une communauté non autorisée feraient au profit d'au-

tres membres de cette communauté (arg. de l'article 5, dernier alinéa, de la loi du 24 mai 1825).

Car ces communautés n'existent pas comme telles, aux yeux de la loi; et la loi, au contraire, ne peut voir, dans chacun de leurs membres, que *des individus qui sont restés dans le droit commun* (Grenoble, 13 janv. 1841, Reynaud, Dev., 1841, II, 87; Cass., 26 avril 1842, Suffet, Dev., 1843, I, 739; Cass., 15 mai 1856, Rochouze, Dev., 1857, I, 497; *voy.* aussi Cass., 26 fév. 1862, Colombet, Dev., 1862, I, 974).

Nous supposons, bien entendu, que la disposition a été faite, en réalité, personnellement, à l'un des membres de la communauté non autorisée; il en serait autrement, et la disposition, au contraire, devrait être déclarée nulle, si celui des membres, au profit duquel la disposition a été faite, n'était qu'une personne interposée dans l'intérêt de l'établissement, qui serait reconnue être le véritable donataire ou légataire (arg. de l'article 911; *infra,* n° 591).

§ III.

Des incapacités absolues de recevoir.

SOMMAIRE.

577. — A la première incapacité absolue de recevoir est celle qui résulte de ce que le donataire, s'il s'agit d'une donation entre vifs, n'était pas conçu à l'époque de la donation, et de ce que le légataire, s'il s'agit d'un testament, n'était pas conçu à l'époque du décès du testateur.

578. — Suite.

579. — Dans le cas d'une donation entre-vifs, est-il nécessaire que le donataire soit conçu à l'époque de l'offre, qui serait faite par le donateur dans un premier acte? ou suffit-il qu'il soit conçu à l'époque où la donation serait acceptée, en son nom, dans un acte postérieur?

580. — Dans le cas d'un testament, est-il nécessaire, lorsque le legs est conditionnel, que le légataire soit conçu à l'époque du décès du

testateur? ou suffit-il qu'il soit conçu à l'époque ultérieure de l'événement de la condition, lors même qu'il n'aurait pas été conçu à l'époque du décès du testateur?

581. — Pourrait-on faire un legs au profit d'une personne qui ne serait pas conçue à l'époque du décès du testateur, en le subordonnant à la condition suspensive *si nascatur?*

582. — Ne peut-il pas arriver qu'une personne qui n'était pas conçue à l'époque du décès du testateur, profite néanmoins des dispositions qu'il a faites?

583. — Par qui et comment devra être faite la preuve que le donataire était conçu à l'époque de la donation, et le légataire à l'époque du décès du testateur?

584. — La règle posée dans l'article 906 reçoit deux exceptions. — Lesquelles? et pourquoi?

585. — B. De l'ancienne incapacité du mort civilement. — De l'incapacité nouvelle de l'individu condamné à une peine afflictive perpétuelle.

586. — C. C'est, par application de l'article 906, et parce qu'ils n'ont pas d'existence civile, que les corporations, communautés ou établissements, qui ne sont pas légalement autorisés, sont absolument incapables de recevoir par donation entre-vifs et par testament.

587. — Suite. — Du cas où la disposition aurait été faite au profit d'une succursale non spécialement autorisée d'une communauté légalement autorisée.

588. — Dans le cas où la disposition aurait été faite au profit d'une communauté ou d'un établissement non autorisé, ne pourrait-elle pas devenir efficace par l'effet d'une autorisation légale, postérieure soit à la donation entre-vifs, soit au décès du testateur?

589. — Suite.

590. — Dans quels cas et comment une disposition peut-elle être valablement faite pour la fondation d'un établissement quelconque, d'une école, d'un hospice, etc.?

591. — Cette incapacité absolue de recevoir ne frappe que l'établissement non autorisé; elle ne frappe pas individuellement chacun des membres qui le composent, à moins qu'ils ne soient seulement personnes interposées.

592. — D. Les établissements, qui sont légalement autorisés, ont, en principe, la capacité de recevoir.

592 *bis*. — Toutefois, ils sont placés sous la haute tutelle de l'État, qui, par des considérations de plusieurs sortes, doit connaître et autoriser les libéralités qui leur sont faites.

593. — Suite.

594. — Les communautés ou corporations légalement autorisées peuvent recevoir par donation entre-vifs, ou par testament, à titre particulier, ou à titre universel, des meubles ou des immeubles, à moins qu'une loi spéciale ne restreigne leur capacité.

595. — Quoique l'article 910 ne mentionne que les hospices, les

pauvres d'une commune et les établissements d'utilité publique, il est encore d'autres personnes civiles, qui sont soumises, pour recevoir, à l'obligation d'obtenir l'autorisation.

596. — Quelles sont les personnes civiles légalement reconnues? — Et quelles conditions doivent être observées relativement à l'autorisation, qui est exigée par l'article 910?

597. — Suite. — Aucune loi, depuis 1792, n'a rétabli les congrégations religieuses d'hommes.

598. — Il faut excepter les frères de la doctrine chrétienne.

599. — De l'acceptation à titre conservatoire, qui peut être faite par le Maire, des dons et legs faits à la commune, et par le Président de la commission des hospices, des dons et legs faits aux établissements charitables.

600. — Suite.

601. — Suite. — Lorsqu'un hospice a été institué légataire universel par un testateur, qui ne laisse pas d'héritier à réserve, n'a-t-il pas droit aux fruits, dès le jour du décès, indépendamment de toute acceptation à titre conservatoire?

602. — Suite. — *Quid*, dans l'hypothèse qui précède, si l'hospice n'avait été autorisé par le gouvernement, à recueillir qu'une portion seulement du legs universel?

603. — La nécessité de l'autorisation exigée par l'article 910, s'applique-t-elle aux donations manuelles?

604. — Suite. — *Quid*, de la donation faite sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux ou par personne interposée?

604 *bis*. — *Quid*, si le disposant avait déclaré que, dans le cas où le gouvernement n'autoriserait que pour partie, l'acceptation d'un legs fait par lui à un établissement public, ce legs serait alors attribué pour le tout, à un autre?

605. — C. Les étrangers peuvent aujourd'hui recevoir, en France, par donation entre-vifs et par testament, de la même manière que les Français.

606. — D. Faut-il mettre les personnes incertaines, au nombre de celles qui sont absolument incapables de recevoir? — Des personnes incertaines, en droit romain.

607. — Des personnes incertaines, dans notre ancien droit français, et dans notre droit actuel.

608. — Suite. — Quelle est aujourd'hui la véritable acception de ces mots : *personne incertaine?*

609. — Suite. — *Quid*, si un testateur a laissé une somme d'argent ou d'autres objets, meubles ou immeubles, à une personne désignée, pour être employée, par elle, suivant ses intentions, dont il lui a confié le secret?

610. — *Quid*, si un legs universel était fait au profit d'un individu désigné, qui ne serait qu'une personne interposée dans l'intérêt d'une personne incertaine, ou une sorte d'exécuteur testamentaire

chargé d'employer la fortune du testateur à des usages non indiqués dans le testament?
611. — Suite.
612. — Suite. — Est-ce qu'un legs fait aux pauvres devrait être déclaré nul comme fait à des personnes incertaines?
613. — Du cas où le testateur aurait affecté une certaine somme à l'emploi d'œuvres de charité sans aucune désignation précise.
614. — Du cas où le testateur a fait aux pauvres un legs par l'intermédiaire d'une personne des mains de laquelle ils devront le recevoir.
615. — Des legs, qui seraient faits aux Saints, à Dieu, à la Vierge.
616. — Du cas où un testateur aurait institué son âme sa légataire universelle.
617. — Des legs qui seraient faits à des animaux, — ou à une chose inanimée.
618. — Le testateur ne pourrait confier à l'héritier ou à un tiers le soin de désigner son légataire. — De la faculté d'élire.
619. — Suite.
620. — Suite.
621. — Suite.
622. — Le testateur, en désignant un légataire certain, peut-il subordonner l'existence du legs à la volonté de l'héritier ou d'un tiers?
623. — La théorie des personnes incertaines est particulièrement applicable aux testaments. — Pourquoi elle n'est guère susceptible d'application aux donations entre-vifs.

577. — A. — Aux termes de l'article 906 :

« Pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit « d'être conçu au moment de la donation.

« Pour être capable de recevoir par testament, il « suffit d'être conçu à l'époque du décès du testa- « teur.

« Néanmoins la donation ou le testament n'auront « leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable. »

Ainsi, la personne, qui n'était pas encore conçue, à l'époque de la donation, s'il s'agit d'une donation entre-vifs, ou à l'époque du décès du testateur, s'il s'agit d'un testament, est incapable de recevoir.

Telle est la première incapacité absolue, qui se présente; et il est bien juste, en effet, quelle soit la première! Peut-il y avoir une autre incapacité plus radi-

cale que celle du *néant! Esse enim debet cui datur!* (L. 14, ff. *De jure codicill.*)

Il faut donc exister, pour recevoir par donation entre-vifs ou par testament, comme pour succéder (art. 725).

Le principe est le même; et voilà pourquoi l'article 906, de même que l'article 725, considère comme existant, l'enfant qui est conçu, sous la double condition qu'il naîtra vivant et viable.

Il y a lieu, en conséquence, d'appliquer ici tout ce que nous avons dit, à ce sujet, dans notre *Traité des Successions* (t. I, nos 174 et suiv.; comp. Pau 7 déc. 1861, Haramboure, Dev., 1862, II, 257).

578. — Mais *s'il suffit* d'être conçu soit à l'époque de la donation, soit à l'époque du décès du testateur, il faut ajouter que cette condition est indispensable!

Et on devrait considérer comme non avenue une disposition entre-vifs ou par testament, qui aurait été faite au profit d'une personne, qui n'était pas encore conçue à l'une ou à l'autre des époques déterminées par notre texte.

La conception postérieure de cette personne ne saurait avoir pour effet de valider un acte, qui n'avait absolument aucune existence, aux yeux de la loi.

579. — Il est donc important de déterminer exactement l'une et l'autre des époques, auxquelles il faut, d'après notre article 906, que le donataire ou le légataire soit conçu.

Et il semble d'abord que cette détermination soit facile.

Pourtant, deux controverses s'y sont élevées : l'une, relativement à la donation entre-vifs; l'autre, relativement au testament.

En ce qui concerne la donation, on a demandé s'il était nécessaire que le donataire fût conçu à l'époque de l'offre, qui serait faite par le donateur, dans un pre-

mier acte? ou s'il suffisait qu'il fût conçu à l'époque où cette offre serait acceptée en son nom, dans un acte postérieur, aux termes de l'article 932?

« Il est évident alors, répond Demante, que c'est au moment de l'acceptation qu'est requise l'existence du donataire, et qu'il n'y aurait pas plus de raison pour exiger sa conception au moment de la pollicitation, improprement appelée donation, que pour exiger celle du légataire au moment de la confection du testament. » (T. IV, n° 26 *bis*, I; et Thémis, t. VII, p. 377.)

Telle est, en effet, la doctrine le plus généralement admise (comp. Duranton, t. VIII, n° 223; Grenier, t. I, n° 138 *bis;* Vazeille, art. 906, n° 1; Poujol, art. 906, n° 3; Taulier, t. IV, p. 28; Marcadé, art. 906; Saintespès-Lescot, t. I, n° 196; Troplong, t. I, n° 616; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 32).

Cette doctrine est favorable, sans doute; mais est-elle juridique?

Il nous paraît permis d'en douter :

1° Lorsque l'article 906 exige que le donataire soit conçu au moment *de la donation*, il emploie ce mot dans son acception naturelle; or, la donation, c'est, de la part du donateur, la déclaration de vouloir donner; aussi, est-on forcé de dire, dans la doctrine contraire, que la loi s'est servie d'un mot impropre!

2° Cet article, d'ailleurs, ainsi entendu, nous paraît conforme aux principes. Il n'est pas exact de comparer la déclaration de donation à un testament! Le testament n'est qu'une simple disposition, purement unilatérale; il ne s'adresse à personne! (Art. 895). Très-différente est la déclaration de donation, qui constitue une offre faite au donataire; d'où résulte, pour celui-ci, la faculté d'accepter, tant que cette offre n'est pas révoquée; et qui, par conséquent, oblige le donateur à un acte

de révocation, s'il veut enlever au donataire la faculté qu'il lui a conférée.

Or, est-il possible de comprendre une offre faite au néant! est-ce qu'une telle offre ne tombe pas immédiatement et nécessairement dans le vide!

On a objecté que cette offre une fois faite est présumée durer, tant qu'elle n'est pas révoquée, et qu'elle peut dès lors être acceptée plus tard après la conception postérieure de l'enfant.

Mais, précisément, pour qu'elle continuât d'exister, il faudrait d'abord qu'elle eût commencé à exister; or, ce que nous croyons, c'est que cette prétendue offre n'a jamais eu d'existence; et, par conséquent, celui qui l'avait faite, n'avait pas à la révoquer; car elle n'avait pu produire aucune faculté d'acceptation pour personne! (Comp. Coin-Delisle, art. 906, n°s 1 et 2; et art. 932, n° 9; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 429, 430.)

580. — En ce qui concerne le testament, on a demandé si l'article 906, qui exige que le légataire soit conçu à l'époque du décès du testateur, s'appliquait au legs conditionnel comme au legs pur et simple? ou si, au contraire, il ne suffisait pas, dans le cas d'un legs conditionnel, que le légataire fût conçu à l'époque de l'événement de la condition, lors même qu'il n'aurait pas été conçu à l'époque du décès du testateur?

Ne pourrait-on pas raisonner ainsi :

La capacité du légataire est requise pour qu'il puisse recevoir; et elle ne doit, en conséquence, être requise qu'au moment où il reçoit; or, dans le cas d'un legs conditionnel, le légataire reçoit, non pas à l'époque du décès du testateur, mais à l'époque de l'événement de la condition (art. 1040); et voilà pourquoi on pense généralement que sa *capacité civile* n'est requise qu'à

cette époque ; donc, il en doit être de même de sa *capacité naturelle.*

Ce sentiment avait été d'abord celui de nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, qui toutefois s'en sont départis dans leur nouvelle édition (t. V, p. 431).

Et nous pensons, en effet, que le sentiment contraire est le plus vrai :

1° Il est d'abord le plus conforme au texte même de l'article 906, qui exige, de la façon la plus absolue, pour tous les cas, que le légataire soit conçu à l'époque du décès du testateur.

2° Eh! comment, en effet, une transmission quelconque pourrait-elle s'accomplir entre deux personnes, qui n'ont jamais, même pendant un seul instant de raison, coexisté simultanément! Est-ce qu'il n'y a pas là une incapacité naturelle, qu'aucune fiction civile ne saurait faire disparaître, *puisqu'il n'est pas possible de feindre*, disait d'Aguesseau, *qu'une personne a existé avant que d'être !*

Nous savons bien que l'ancienne jurisprudence, en n'appliquant ce principe qu'aux institutions d'héritier seulement, et point aux legs (*infra*, n° 581), en avait, par cette contradiction même, compromis la vérité ! mais c'était là, en effet, suivant nous, une contradiction ; et nous croyons, malgré les doutes qui ont été exprimés par MM. Coin-Delisle (art. 906, n° 3) et Troplong (t. II, n° 608), que le défaut de conception du gratifié à l'époque de la donation ou à l'époque du décès du testateur, constitue une incapacité radicale.

3° Ajoutons que, s'il suffisait, dans le cas où le legs est conditionnel, que le légataire fût conçu à l'époque de l'événement de la condition, il n'y aurait plus aucune limite à l'incertitude dans laquelle se trouverait le sort du legs, et par suite la propriété des biens légués ; puisque rien ne serait plus facile que de retarder

indéfiniment, au moyen d'une condition, l'époque à laquelle la conception du légataire devrait être exigée.

4° Enfin, quant à la question de savoir si les conditions ordinaires de capacité civile doivent exister aussi dans la personne du légataire, à l'époque du décès du testateur, ou seulement à l'époque de l'événement de la condition, nous entendons la réserver ; car, en admettant même que cette règle fût vraie en ce qui concerne la capacité civile, nous venons de prouver qu'on ne saurait en étendre l'application à la capacité naturelle (comp. Toullier, t. III, n° 92 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 430; Troplong, t. II, n° 607 ; Demante, t. IV, n° 38 *bis*).

581. — Et voilà pourquoi nous pensons que le testateur ne pourrait pas faire un legs au profit d'une personne qui ne serait pas conçue à l'époque de son décès, en le subordonnant même formellement à la condition suspensive : *si nascatur*.

La double raison de texte et de principe, que nous venons de présenter, s'y oppose aussi nécessairement ; quel serait, en effet, le terme de l'accomplissement de cette condition, après le décès du testateur !

Nous devons ajouter toutefois que notre ancienne jurisprudence avait, d'abord, admis la validité des dispositions conditionnelles faites au profit d'un enfant à naître, et qu'il suffisait que l'enfant fût conçu à l'époque de l'événement de la condition (comp. Brodeau sur Louët, lettre D, somm. 51 ; Domat, liv. III, partie II, tit. I, sect. II, n° 22; Furgole, chap. VI, sect. I, n° 6).

Il est vrai que l'Ordonnance de 1735, par son article 49, décida que l'*institution d'héritier faite par testament ne pourra valoir en aucun cas, si celui ou ceux au profit desquels elle aura été faite, n'étaient ni nés, ni conçus lors du décès du testateur.* »

Mais Furgole avait remarqué que « cet article 49 ne parlant que de l'institution d'héritier et introduisant un droit contraire à l'usage reçu, il fallait resserrer sa disposition dans le cas précis de l'institution par testament, sans l'étendre aux legs ou fidéicommis particuliers... » (*Loc. supra cit.*)

Cette restriction serait aujourd'hui impossible, en présence de notre article 906, qui ne distingue pas plus entre les legs universels et les legs particuliers qu'entre les legs purs et simples et les legs conditionnels.

C'est que, en effet, de tous les legs sans distinction, il est vrai de dire ce que d'Aguesseau disait de l'institution d'héritier, *qu'ils portent à faux*, lorsque le légataire n'est pas conçu à l'époque du décès du testateur. (*Lettre au Parlement de Provence*, du 23 nov. 1737.)

582. — Est-ce à dire pourtant qu'il ne puisse pas arriver qu'une personne, qui n'était pas conçue à l'époque du décès du testateur, profite néanmoins des dispositions qu'il a faites?

M. Coin-Delisle, à cet égard, s'est ainsi exprimé :

« Un testateur qui veut gratifier un enfant non conçu à l'époque de son décès, n'a donc qu'un moyen légal d'y parvenir, c'est d'imposer à son légataire universel la charge de donner telle somme à l'enfant qui naîtra d'une personne déterminée; ce ne sera plus un don fait au profit d'un individu qui n'existe pas encore, mais un mode conditionnel d'une libéralité faite à une personne capable; ce qu'aucune loi ne prohibe. » (Art. 906, n° 6.)

Mais cette doctrine a trouvé un contradicteur dans M. Bayle-Mouillard, qui pense que cette manière de faire serait très-dangereuse et qu'elle ne pourrait se soutenir en présence de l'article 911 (sur Grenier, t. I, n° 99, note *b*).

L'objection que présente le savant magistrat, serait, à notre avis, trop absolue; et nous croyons que ni l'article 906, ni les principes, ne s'opposent à ce qu'une personne, qui n'était pas conçue à l'époque de la donation ou du décès du testateur, puisse recueillir le bénéfice d'une charge, que le donateur ou le testateur aurait imposée à la personne capable de recevoir, au profit de laquelle il a directement disposé.

Un homme, par exemple, lègue à la ville où il est né, une somme ou une rente, destinée par lui à doter, tous les ans, plusieurs jeunes filles pauvres.

Est-ce que ce legs ne sera pas valable? on ne saurait le prétendre et pourtant les jeunes filles, qui seront dotées dans l'avenir, n'étaient pas conçues à l'époque du décès du testateur. Il est vrai ; mais c'est qu'elles ne sont pas, à vrai dire, elles-mêmes légataires; la légataire, c'est la ville au profit de laquelle la disposition est faite seulement sous une charge; et comme, après tout, au moment où cette charge s'accomplit, elle ne constitue aucune fraude à la loi, ni à aucune incapacité, on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas être accomplie.

Il y en aurait encore bien d'autres exemples.

C'est ainsi que, tous les ans, la Faculté de droit de Paris, légataire de Mme de Beaumont, accomplit la charge qui a été imposée à son legs, en décernant un prix à celui des aspirants au doctorat, qui a fourni le meilleur mémoire (comp. Troplong, t. II, n°s 547, 614, 615; *voy.* aussi M. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 130 *bis*, § 3, p. 580).

583. — C'est au donataire ou au légataire, ou à ceux qui le représentent, qu'est imposée l'obligation de prouver qu'il était conçu à l'époque de la donation ou à l'époque du décès du testateur; car il est demandeur, et c'est lui qui affirme.

Mais comment devra être faite cette preuve?

Nous avons exposé, avec les développements que réclamait son importance, une question toute semblable sur le point de savoir comment devra être faite la preuve que celui, qui veut succéder, était conçu à l'époque de l'ouverture de la succession; et nous ne pouvons que nous y référer (*voy.* notre *Traité des Successions,* t. I, n°s 184 et suiv.).

584. — La règle posée dans notre article 906 reçoit deux exceptions :

La première, relative aux substitutions permises, qui comprennent les appelés nés ou à naître, même après le décès du disposant (comp. art. 896, 897, 1048 et suiv.; *supra,* n° 94);

La seconde, relative aux donations de biens à venir par contrat de mariage, qui comprennent aussi les enfants à naître du mariage, même après le décès du donateur (art. 1081, *in fine,* 1082, 1084).

C'est que, dans l'une comme dans l'autre de ces hypothèses, qui se recommandent d'ailleurs par de puissantes considérations de faveur et d'intérêt public, il y a, en outre, une raison juridique qui explique l'exception et qui la rend possible; dans l'une et dans l'autre, en effet, on trouve, entre le disposant et les enfants à naître, après son décès, un intermédiaire sur lequel la libéralité repose et qui sert *de canal* de transmission entre le disposant, qui n'est plus et les enfants, qui ne sont pas encore! (*Supra,* n° 580.)

585. — B. — L'incapacité absolue du mort civilement résultait aussi, à certains égards, du principe consacré par l'article 906; le mort civilement, en effet, n'existait plus, aux yeux de la loi, en ce qui concernait la faculté de recevoir à titre gratuit (art. 25).

Nous avons vu que, depuis la loi du 31 mai 1854, qui a aboli la mort civile, la même incapacité est

appliquée aux condamnés à des peines afflictives perpétuelles (art. 3 et 4; comp. notre *Traité de la Publication, des effets, et de l'application des lois,* etc. Appendice, n°s 12 et suiv.).

Mais cette incapacité ne saurait plus être expliquée de la même manière; elle est fondée aujourd'hui, non pas sur le défaut d'existence civile, mais sur des raisons d'indignité et de déchéance pénale.

586. — C'est encore par une application de l'article 906, qu'il faut décider que les corporations, communautés ou établissements qui ne sont pas légalement autorisés, sont absolument incapables de recevoir par donation entre-vifs ou par testament.

« *Car ils n'ont*, disait Pothier, *aucune existence civile.* » (*Des Donat. testament.*, chap. III, sect. II, art. 1.)

La personnalité juridique, qui seule pourrait être le sujet de la disposition, n'existe, en effet, aucunement; et par conséquent, la disposition est impossible! (comp. Cass., 27 avril 1830, Schneider, Dev., 1830, I, 186; Cass., 5 avril 1841, Conderc, Dev., 1841, I, 875; Cass., 5 juill., 1842, de Fonclare, Dev., 1842, I, 590; Agen, 12 août 1842, Treillis, Dev., 1843, II, 33; Paris, 20 mai 1851, de Schulembourg, Dev., 1851, II, 321; ajout. Cass., 15 nov. 1847, Arnold, Dev., 1848, I, 134; *voy.* aussi Cass., 15 déc., 1856, Rochouze, Dev., 1857, I, 497; Cass., 9 nov. 1859, Trouillet, Dev., 1860, I, 37; Cass., 3 juin 1861, Moreau, D., 1861, I, 318).

587. — Il est bien entendu d'ailleurs que cette solution cesserait d'être applicable, dans le cas où la disposition ayant été faite au profit d'une succursale d'une communauté ou d'un établissement légalement autorisé, il serait reconnu que c'est l'établissement principal, la *communauté mère,* qui a été gratifié.

Cette disposition pourrait alors être déclarée valable, encore bien que la succursale n'eût pas été elle-même pourvue d'une autorisation particulière; et on devrait même généralement présumer, en de telles circonstances, que le déposant a entendu gratifier principalement la communauté autorisée, en la chargeant seulement d'affecter à la succursale les revenus de la disposition (comp. Cass., 6 mars 1854, Congrégation des sœurs de la Charité, Dev., 1854, I, 374; Troplong, t. II, n° 612; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 432).

588. — Mais, dans le cas même où la disposition aurait été faite principalement et directement au profit d'un établissement non légalement autorisé, est-ce qu'elle ne pourrait pas devenir efficace par l'effet d'une autorisation légale postérieure soit à la donation entre-vifs, soit au décès du testateur?

Pour l'affirmative, on peut dire qu'il est permis de disposer au profit d'une personne incapable pour le temps où elle sera capable et sous la condition qu'elle le deviendra : *cum capere potuerit* (L. 62, ff. *Hæred. instit.*).

Tel était le droit romain.

Notre ancien droit français avait admis le même principe; et en l'appliquant au cas où la disposition aurait été faite au *profit d'un collége ou d'une confrérie non encore autorisé*, il décidait que *l'effet de la libéralité étant conféré en un temps où le collége sera capable, il n'y a point de doute qu'elle ne soit bonne* (Furgole, chap. VI, sect. I, n° 37; ajout. Ricard, t. I, part. I, n°s 612, 613).

La même doctrine est encore enseignée, sous notre Code, par M. Troplong, qui pense que l'on peut donner à une communauté non autorisée, sous la condition expresse qu'elle obtiendra l'autorisation; et qu'il

en serait de même, si le legs, au lieu de renfermer cette condition expresse, la contenait implicitement (t. II, n° 612).

Cette doctrine paraît, en effet, raisonnable; et pourtant elle soulève, à notre avis, des objections très-graves :

1° Pourquoi la communauté, quoique existante de fait, est-elle incapable de recevoir, lorsqu'elle n'est pas autorisée? c'est parce qu'elle n'existe pas de droit; c'est parce que n'ayant aucune personnalité juridique, elle est incapable comme l'enfant non encore conçu! incapable comme le néant!

Or, nous avons reconnu qu'une disposition ne peut pas être faite au profit d'une personne qui n'était pas conçue à l'une ou à l'autre des époques déterminées par l'article 906, sous la condition qu'elle sera conçue à une époque ultérieure (*supra*, n° 581);

Donc, la même raison de texte et de principe s'oppose à la validité d'une disposition faite au profit d'une communauté, qui n'existait pas à l'une ou à l'autre de ces époques, sous la condition qu'elle existera plus tard.

2° Lorsque, en effet, à l'une ou à l'autre de ces époques, c'est-à-dire soit au moment de la donation, soit au moment du décès du testateur, la communauté gratifiée est dépourvue d'autorisation, le droit est acquis aux héritiers ou successeurs du disposant, d'invoquer l'incapacité absolue, qui rend alors la disposition caduque; et on ne voit pas comment il serait possible que ce droit leur fût enlevé par un événement postérieur.

Quand même l'autorisation d'accepter la libéralité, serait jointe à l'autorisation par laquelle l'établissement serait légalement reconnu, il n'en pourrait encore rien résulter contre les héritiers; car ces sortes

d'autorisations sont toujours accordées sous la réserve des droits des tiers : *salvo jure tertii* (Ordonnance du 2 avril 1817, art. 2).

Ces arguments nous portent à croire, en effet, qu'il ne serait pas possible de supposer que le disposant qui a fait une libéralité au profit d'une communauté non autorisée, y a mis implicitement la condition qu'elle obtiendrait l'autorisation. Nous n'admettons pas, avec M. Troplong, que *ce soit là une des conditions implicites, quæ insunt* (*loc. supra cit.*); notre avis est, au contraire, que la disposition ainsi faite au profit d'une communauté non autorisée, devrait être déclarée nulle, etque cette nullité serait indépendante de toute autorisation postérieure d'existence légale et d'acceptation (comp. Cass., 5 juill. 1842, de Fonclare, Dev., 1842, I, 590; Douai, 30 juin 1851, Congrégation des sœurs de la Charité; Pothier, *des Donat. testament.*, chap. III, sect. III, art. 1, et *Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 40; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 431).

Tel est aussi le sentiment exprimé par M. de Baulny, dans un intéressant article sur *les libéralités en faveur des établissements de bienfaisance non légalement reconnus* (*Revue crit. de Jurisprudence*, 1850, t. XIV, p. 237 et suiv., *voy.* toutefois *infra*, n° 690).

589. — Et maintenant, peut-il en être autrement, dans le cas où la disposition est faite à la communauté non autorisée sous la condition expresse qu'elle obtiendra l'autorisation?

Mais comment une disposition, même seulement conditionnelle, peut-elle être faite directement et principalement au profit d'une personne qui n'existe pas du tout! et puisqu'on ne peut pas disposer conditionnellement au profit de l'enfant non conçu, *s'il vient à naître* (*supra*, n° 581), ne doit-il pas aussi être vrai

qu'on ne peut pas disposer conditionnellement au profit d'une communauté non autorisée, *si elle vient à être autorisée?*

« L'existence de fait, disent fort justement MM. Aubry et Rau, n'est pas attributive de la personnalité juridique; et, pour les personnes morales aussi bien que pour les personnes physiques, c'est la personnalité seule qui les rend aptes à devenir le sujet d'une libéralité. » (Sur Zachariæ, t. V, p. 432.)

590. — Il y aurait d'ailleurs un autre moyen d'arriver au même résultat; mais ce moyen, du moins, serait, à notre avis, plus juridique.

Nous croyons que rien ne s'oppose à ce qu'une disposition soit faite pour la création d'un établissement d'utilité publique, d'une communauté, d'un hospice, lorsque cette disposition peut être considérée comme faite au profit d'une personne morale déjà existante, telle qu'une commune, un bureau de bienfaisance, ou même seulement comme la charge d'une libéralité faite à un autre gratifié.

On opposerait alors vainement le défaut d'autorisation légale, et l'absence de personnalité juridique!

Car, précisément, la disposition telle que nous la supposons, ne peut se concevoir qu'autant que l'établissement n'existe pas, puisqu'elle a pour but de le fonder! Aussi, n'est-ce pas lui, en effet, qui est directement l'objet de cette disposition; puisque cette disposition est faite au profit d'une autre personne morale ou n'est elle-même qu'une charge d'une autre disposition (comp. *supra*, n° 581; Cass., 7 nov. 1859, commune de Ducey, Dev., 1860, I, 350; Troplong, t. II, n°s 612, 613; Aubry et Rau sur Zachariæ, *loc. supra cit.;* de Baulny, dans l'article précité *supra*, n° 587).

Or, si une disposition peut être ainsi faite pour fonder un établissement qui n'a encore aucune exis-

tence, pourquoi ne pourrait-elle pas être faite de la même manière, dans le but de fonder légalement un établissement qui n'existe pas encore légalement?

Et la question étant finalement ramenée à ces termes, nous comprenons que l'on ait soutenu que le disposant, qui fait une libéralité au profit d'un établissement non autorisé, peut être présumé y mettre pour condition tacite que cet établissement obtiendra l'autorisation (*supra* n° 588).

Telle est, en effet, la doctrine qui paraît devoir l'emporter; doctrine qui n'est pas, suivant nous, rigoureusement juridique, mais qui repose sur des considérations de raison et d'équité dont nous reconnaissons volontiers toute la force (comp. Caen, 6 juill. 1829, Lepelletier, *Rec. des arrêts de Caen et de Rouen*, t. XII, p. 632; nous l'avons aussi trouvée très-fortement défendue dans un *Mémoire* de M. Philippe Bellanger, avocat à Angers).

591. — Nous avons d'ailleurs remarqué déjà que cette incapacité de recevoir ne frappe que l'établissement lui-même, qui, n'étant pas légalement autorisé, n'a pas d'existence légale; mais qu'elle n'atteint pas individuellement chacun des membres qui le composent, considérés *ut singuli*.

« *Hi enim*, disait le jurisconsulte Paul, *non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum.* » (L. 20, ff. *De rebus dubiis;* comp. Furgole, *des Testam.*, chap. IV, sect. I, n° 41.)

Mais il en serait autrement si le membre de l'établissement non autorisé n'était qu'une personne interposée au profit de cet établissement (*supra*, n° 576).

592. — D. Le motif que nous avons donné pour démontrer que les établissements qui n'ont pas été légalement autorisés, sont incapables de recevoir à titre gratuit, à savoir : qu'ils n'ont *aucune existence civile*

(*supra*, n° 586), ce motif même démontre, en sens inverse, que les établissements publics qui sont reconnus par la loi ont, en principe, la capacité de recevoir; car, précisément, ils ont une *existence civile;* ils constituent une personnalité juridique, distincte des individus qui la composent, et qui peut acquérir, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit (art. 902; *voy.* notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. II, n°s 400 et suiv.)

592 *bis.* — Toutefois, de puissantes considérations d'intérêt public et d'intérêt privé exigeaient que les dispositions faites à ces sortes de personnes fussent soumises à la haute surveillance de l'État :

Dans l'intérêt public, par des motifs de police politique et sociale, en même temps que par des raisons financières et économiques, soit afin d'empêcher le développement démesuré de certaines associations, soit afin de prévenir une trop grande concentration de biens entre les mains des *gens de mainmorte;*

Dans l'intérêt privé, afin de protéger les familles contre les entraînements excessifs et les influences condamnables dont ces dispositions pourraient être le résultat.

C'est ainsi que, dans notre ancienne jurisprudence, les parlements exerçaient une haute tutelle et un pouvoir modérateur, par suite duquel les dispositions faites au profit des communautés et congrégations pouvaient être réduites, eu égard à la nature et à l'importance des biens qui en faisaient l'objet, comparées au nombre et à la qualité des héritiers du disposant.

Ajoutons que la libéralité peut être soumise à des charges, et qu'il importe, à ce point de vue aussi, que l'État, qui exerce le pouvoir tutélaire sur les communes et les autres personnes morales, puisse, s'il y a lieu, les garantir des dangers d'une imprudente ac-

ceptation (comp. le préambule de l'édit du mois d'août 1749; Ricard, n° 614; Rousseau de la Combe, *Jurisprud. canonique*, v° *Communautés*, n° 2; Lefèvre, *Revue étrangère*, 1850, t. VII, p. 396, *des Dons et legs faits aux établissements publics*).

593. — Ce principe de notre ancien droit public est consacré par l'article 910 en ces termes :

« Les dispositions entre-vifs ou par testament au « profit des hospices, des pauvres d'une commune, « ou d'établissements publics, n'auront leur effet « qu'autant qu'elles seront autorisées par une ordon- « nance royale (par un décret impérial). » (Ajout. art. 937.)

Cet article, placé comme il est dans ce chapitre, semble bien rattacher à une idée d'incapacité la condition d'autorisation qu'il exige; et il nous paraît vrai de dire, en effet, que les personnes morales, même légalement reconnues, devraient être considérées comme incapables, si l'on prétendait leur transmettre à titre gratuit, indépendamment de cette condition d'autorisation (*infra*, n° 631).

Mais, en dehors de cette hypothèse, la condition de l'autorisation présuppose elle-même leur capacité, puisqu'elle en règle l'exercice; et, à ce point de vue, on peut dire que les établissements publics et les communautés, qui ont une existence légale, sont, en principe, capables de recevoir, sous la condition de l'autorisation à laquelle sont soumises les dispositions qui sont faites à leur profit (comp. Ricard, part. I, chap. III, sect. XIII, n° 599; Taulier, t. IV, p. 84).

594. — Nous disons que les établissements publics, laïques ou religieux, et plus généralement les communautés légalement reconnues, sont capables de recevoir entre-vifs ou par testament, d'après l'article 902 (comp. Coin-Delisle, art. 910, n° 6).

Et, par conséquent, la règle est qu'ils peuvent, en effet, comme les particuliers, recevoir :

1° De toute manière, soit entre-vifs, soit par testament, soit à titre particulier, soit à titre universel;

2° Toute espèce de biens, soit des meubles, soit des immeubles (comp. la loi du 18 germinal an x, art. 73, et la loi du 2 janv. 1817, art. 1).

Cette règle, il est vrai, comporte quelques exceptions.

C'est ainsi que nous avons vu que les établissements ou maisons de congrégations religieuses de femmes ne sont capables de recevoir des donations entre-vifs, ou des legs de meubles et d'immeubles, qu'à titre particulier (*supra*, n° 569; loi du 24 mai 1825, art. 4-1°).

C'est ainsi encore que l'article 4 de la loi du 14 janvier 1831 défend de présenter à l'autorisation du gouvernement les donations qui seraient faites à des établissements ecclésiastiques ou religieux, avec réserve d'usufruit en faveur du donateur.

Mais, en dehors des exceptions écrites dans quelque loi spéciale, la règle générale reprend son empire; et les établissements ou les communautés qui ont une existence légale, sont capables de recevoir.

595. — Notre article 910 ne mentionne que les hospices, les pauvres d'une commune et les établissements publics.

Mais il est encore d'autres *personnes civiles*, qui, en même temps qu'elles ont la capacité de recevoir, sont soumises à la nécessité d'obtenir l'autorisation du gouvernement.

Tels sont notamment les communes et les départements (comp. loi sur l'administration municipale du 18 juill. 1837, art. 19-9° et 48; loi sur les attributions des conseils généraux du 10 mai 1838, art. 4-7 et 31)

Tels sont encore, plus généralement, les établissements ou communautés, qui ont une existence reconnue par la loi.

On peut donc dire que l'article 910 pose le principe général de la nécessité de l'autorisation pour les dispositions faites au profit des personnes civiles légalement reconnues; et l'application qu'il en fait aux hospices, aux pauvres d'une commune, et aux établissements d'utilité publique, ne paraît pas limitative (comp. Demante, t. IV, n° 31 *bis*, I).

596. — Quelles sont, dans l'état actuel de notre droit, les personnes civiles légalement reconnues?

Et quelles conditions doivent être observées relativement à l'autorisation qui est exigée par l'article 910?

Ce sont là deux questions qui n'appartiennent pas à notre domaine, deux questions de droit public et administratif plutôt que de droit civil, et dans lesquelles il nous serait impossible de nous engager sans commettre une digression ou plutôt un hors-d'œuvre qui nous détournerait beaucoup de notre voie, déjà certes bien assez longue, sans qu'il soit nécessaire d'y ajouter!

597. — Nous rappellerons seulement que l'aptitude à recevoir des dispositions à titre gratuit, sous la condition de l'autorisation du gouvernement, a été proclamée par la loi du 6 janvier 1817 pour tout établissement ecclésiastique, lorsqu'il a été *reconnu par la loi*.

Ces mots : *établissements ecclésiastiques*, comprennent évidemment les congrégations ou communautés religieuses.

Or, nous avons eu l'occasion déjà de rappeler aussi que toutes les communautés religieuses ont été supprimées en France par la loi du 18 août 1792 (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 132).

Il est vrai que divers actes législatifs ont rétabli les congrégations religieuses ou hospitalières de femmes (comp. Décrets des 3 messidor an XII et 18 fév. 1809; loi du 24 mai 1825; Décret du 3 janv. 1852; *voy.* aussi *supra*, n° 568).

Mais aucune loi, depuis 1792, n'a reconnu les congrégations religieuses d'hommes; d'où il résulte que toutes celles qui existent aujourd'hui de fait en si grand nombre, et dont le réseau s'étend chaque jour de plus en plus sur le sol français, n'ont pas d'existence légale ni de personnalité juridique ; sans en excepter quelques-unes, comme celles, par exemple, des lazaristes, dont l'existence de fait a été constatée par des actes du Pouvoir exécutif (Ordonn. du 3 févr. 1816), mais dont aucune loi n'a constitué la personnalité civile (comp. Cass., 3 juin 1861, Moreau, D., 1861, I, 218).

Nous devons ajouter, toutefois, que, depuis notre première édition, la Cour de Paris a décidé que l'institution des lazaristes a été autorisée par le Décret impérial du 7 prairial an XII, que nous n'avions pas, en effet, visé d'abord. (10 janv. 1863, Daudé, Dev., 1863, 2, 17; *voy.* aussi la plaidoirie de Me Fontaine, *Gazette des tribunaux* du 11 janv. 1863).

598. — Une autre exception existe en ce qui concerne les frères de la doctrine chrétienne, qui ont été autorisés par l'article 109 du décret du 17 mars 1808, qui a fondé l'Université (ajout. les articles 36 et 40 de l'Ordonn. du 19 févr. 1816; Laferrière, *Cours de droit public et adm.*, t. V, p. 318, 321; Troplong, t. II, nos 529, 673, 675; Demante, t. IV, n° 31 *bis*, IV).

Nous ne croyons même pas qu'il y ait lieu de distinguer, comme on a entrepris de le faire, entre les communautés de frères, qui existaient avant la loi du 2 janvier 1817 et celles qui se sont formées depuis (comp. de Vuillefroy, *Traité de l'Administr. du culte*

catholique, p. 168, n° 7, note *a*; Saintespès-Lescot, t. I, n° 267).

Est-ce que, en effet, les unes comme les autres, les nouvelles aussi bien que les anciennes, ne trouvent pas leur titre légal d'existence dans le Décret du 17 mars 1808! (comp. Troplong, Demante, *loc. supra cit.*)

599. — Quant aux conditions à remplir pour obtenir l'autorisation, nous remarquerons que, encore bien que l'article 910 de notre Code et l'article 3 de la loi du 2 janvier 1817 semblent exiger que cette autorisation émane du chef de l'État, il n'en est pas néanmoins toujours ainsi; et diverses dispositions réglementaires ont déterminé une limite de valeur, au-dessous de laquelle l'autorisation d'accepter peut être accordée par des fonctionnaires délégués (comp., en ce qui concerne les hospices, l'arrêté du 4 pluviôse an XII et la loi du 8 avril 1851; en ce qui concerne les établissements ecclésiastiques, l'Ordonnance du 2 avril 1817, art. 1; en ce qui concerne les communes, la loi du 18 juill. 1837, art. 48; ajout. le Décret du 25 mars 1852, et l'avis du conseil d'État du 27 décembre 1855).

Mais comme l'accomplissement des formalités prescrites par ces règlements d'administration entraîne souvent des lenteurs, qui auraient pu être préjudiciables pour la personne civile, qui y est soumise, l'article 48 de la loi du 18 juillet 1837, sur l'administration municipale, y a pourvu en ces termes :

« Le maire peut toujours, à titre conservatoire, accepter les dons et legs, en vertu de la délibération du conseil municipal. L'Ordonnance du roi ou l'arrêté du préfet, qui intervient ensuite, a effet du jour de cette acceptation. »

Cette disposition toutefois ne s'appliquant qu'aux dons et legs faits aux communes, il paraissait difficile

de l'étendre aux dons et legs faits à d'autres personnes civiles (comp. Paris, 27 janv. 1851, d'Aligre, Dev., 1851, II, 72; Cass., 24 mars 1852, mêmes parties, Dev., 1852, I, 397).

Mais c'était là évidemment une lacune regrettable et une anomalie difficile à justifier.

Aussi, a-t-elle été réparée par la loi du 13 août 1851, dont l'article 11, reproduisant presque textuellement la disposition de l'article 48 de la loi du 18 juillet 1837, est ainsi conçu :

« Le président de la commission des hospices et hôpitaux peut toujours, à titre conservatoire, accepter, en vertu de la délibération de la commission, les dons et legs faits aux établissements charitables. Le décret du Pouvoir exécutif ou l'arrêté du préfet, qui interviendra, aura effet du jour de cette acceptation. »

Ajoutons qu'on ne saurait, avant l'autorisation administrative, admettre que des mesures purement provisoires et conservatoires (comp. Cass., 12 nov. 1862, Planches, Dev., 1862, I, 1021).

600. — Lorsque l'autorisation a été accordée, la disposition entre-vifs ou par testament produit d'ailleurs, au profit de la personne civile, donataire ou légataire, les mêmes effets, ni plus ni moins, qu'au profit de tout autre donataire ou légataire, qui n'aurait pas été soumis à cette condition d'autorisation (*supra*, n° 592).

C'est ainsi que, s'il s'agit d'une donation entre-vifs, elle n'a d'effet qu'autant qu'elle aura été acceptée, avec autorisation, du vivant du donateur (art. 932).

Et s'il s'agit d'un legs particulier, les fruits et intérêts ne courent qu'à partir du jour de la demande en délivrance formée avec autorisation (art. 1015; comp. Cass., 24 mars 1852, hospice de Bourbon-Lancy, Dev., 1852, I, 397).

Seulement, nous venons de voir que, dès avant l'autorisation du gouvernement, la commune ou l'établissement charitable peut accepter à titre conservatoire.

601. — C'est ainsi encore, que s'il s'agit d'un legs universel, fait au profit d'une commune ou d'un hospice par un testateur, qui ne laisse pas d'héritier à réserve, la saisine et aussi, bien entendu, les fruits et intérêts lui appartiennent, dès le jour du décès, soit que le testament étant authentique, il n'y ait aucun envoi en possession à demander, soit que le testament étant olographe ou mystique, il y ait lieu de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président du tribunal (art. 1004, 1007, 1008).

Est-il nécessaire, dans ce cas, que l'hospice institué légataire universel, fasse, en attendant que l'autorisation lui soit accordée, une acceptation à titre conservatoire?

Eh! pourquoi donc?

Est-ce qu'un autre légataire universel serait tenu, en cas pareil, de faire un acte d'acceptation pour avoir la saisine et le droit aux fruits, dès le jour du décès?

Non, sans doute!

Or, un hospice est capable d'être légataire universel; et le legs universel produit, à son profit, les mêmes effets et tous les effets, qu'il produirait au profit de tout autre légataire universel;

Donc, l'hospice, légataire universel, a droit à la succession et aux fruits dès le jour du décès, sans aucune acceptation.

Objectera-t-on l'article 910?

Mais que porte cet article? que les dispositions entre-vifs ou par testament au profit des hospices, etc., *n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées;* d'où il résulte que lorsqu'elles auront été autorisées, *elles auront leur effet.* Et quel effet donc? évidemment

l'effet, qui leur est propre, eu égard à leur nature; donc, la saisine et tous les fruits *a die mortis*, s'il s'agit d'un legs universel.

Et si l'on voulait objecter aussi l'article 11 de la loi du 13 août 1851, la réponse serait la même et aussi décisive.

Lorsque, en effet, cet article, de même que l'article 48 de la loi du 18 juillet 1837, dispose que l'autorisation, une fois accordée, *aura effet du jour de l'acceptation*, qui aurait été faite à titre conservatoire, par l'hospice, il suppose évidemment qu'il s'agit d'une disposition, qui ne pouvait avoir d'effet que par le moyen d'une acceptation; or, précisément le legs universel, produisant tous ses effets, dès le jour du décès du testateur, sans qu'une acceptation soit nécessaire, il résulte du principe même sur lequel est fondé cet article 11, que l'autorisation doit avoir effet *du jour du décès du testateur;* car ce principe, c'est que l'hospice n'est pas incapable; tout au contraire! c'est qu'il est capable, sous une condition relative à l'exercice de sa capacité, il est vrai, mais sous une condition, qui, une fois accomplie, rétroagit, dans son intérêt, de manière à ce qu'il doive être considéré comme en ayant toujours eu le plein et entier exercice (conseil d'État, 1er déc. 1852, Lasserre, Dev., 1853, II, 427; Pont, *Revue crit. de législat.*, 1853, t. IV, p. 1 et suiv.; comp. aussi, en sens divers, Bordeaux, 9 mars 1859, Fieffé, Dev., 1859, II, 609; Caen, 20 juil. 1859, Aubert, Dev., 1860, II, 56).

602. — Et nous croyons qu'il faudrait maintenir cette solution dans le cas même où l'autorisation d'accepter n'aurait pas été accordée à l'hospice purement et simplement, et où le gouvernement ne l'aurait, au contraire, autorisé à recueillir le legs que jusqu'à concurrence soit d'une quote-part, telle

que la moitié ou le tiers, soit même d'une somme déterminée.

Cette restriction ou réduction, en effet, n'empêche pas que le testateur n'ait été capable d'instituer l'hospice légataire universel, et que l'hospice n'ait été, de son côté, capable d'être institué; son titre est donc valable; et l'autorisation, qui en modère les conséquences, n'a nullement pour résultat de l'invalider ni d'en modifier le caractère.

D'où il suit qu'il doit continuer de produire, sauf seulement la réduction à laquelle il est soumis, tous les effets, qui dérivent de son caractère (comp. Amiens, 8 mars 1860, Douilly, D., 1860, II, 209; Pont, *loc. supra cit.*).

Nous reviendrons, au reste, sur ce sujet, lorsque nous expliquerons les conditions et les formalités que les légataires doivent remplir, pour obtenir l'exécution de leurs legs (sur les articles 1008, 1014).

603. — Remarquons encore seulement que l'autorisation est exigée, par notre article 910, dans les termes les plus généraux, pour que *les dispositions entre-vifs ou par testament*, faites au profit des hospices, etc., aient leur effet.

D'où il faut conclure que la nécessité de l'autorisation s'applique à toute disposition, et par conséquent aussi aux donations manuelles.

Nous devons dire, toutefois, que la doctrine contraire a été consacrée par plusieurs décisions (comp. Bourges, 29 nov, 1831, le séminaire de Saint-Maixent, Dev., 1832, II, 79 ; Cass., 26 nov. 1833, Fraigneau, Dev., 1834, I, 57; Paris, 12 janv. 1835, le séminaire de Sens, Dev., 1835, II, 81; ajout. Vazeille, art. 937, n° 9; Saintespès-Lescot, t. I, n° 260).

Mais c'est là, suivant nous, une confusion de la forme avec le fond; si, en effet, les donations ma-

nuelles sont valables, en ce sens qu'elles ne doivent pas être annulées pour défaut d'accomplissement des formalités prescrites par les articles 931 et suivants, il n'en résulte pas qu'elles ne soient pas, au fond, des donations véritables, soumises, comme telles, à toutes les règles qui déterminent soit la capacité de disposer ou de recevoir, soit l'exercice de cette capacité. Et il faut bien, en vérité, qu'il en soit ainsi, si l'on ne veut pas rendre illusoires ces règles tutélaires des intérêts de la société et des familles! (comp. *supra*, n° 445, et notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application des lois en général*, n° 203; Poitiers, 14 janv. 1827, l'évêque de Poitiers, Sirey, 1831, I, 345; Angers, 28 janv. 1848, Rotureau, Dev., 1849, II, 217; Paris, 22 janv., 1850, Garnier, Dev., 1850, II, 7; Paris, 7 déc. 1852, N...., Dev., 1853, II, 54; Foucart, *Droit admin.*, t. III, n° 1595; de Vuillefroy, *de l'Administ. du culte catholique*, p. 282; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 444; *voy.* aussi *infra*, n° 911).

604. — Ne faudrait-il pas même aller plus loin, et déclarer tout à fait nulle, en vertu de l'article 911, comme faite à un incapable, une disposition, qui aurait étté faite à une personne civile sous la forme d'un contrat onéreux, ou par le moyen d'une personne interposée dans le but de la soustraire à la nécessité de l'autorisation?

C'est ce que nous examinerons bientôt (*infra*, n° 631).

604 *bis.* — La Cour de cassation a décidé que l'on doit considérer comme valable la disposition par laquelle un testateur, après avoir fait un legs au profit d'un établissement public, déclare que ce legs sera sans effet pour le tout, dans le cas où, par une cause quelconque, le gouvernement n'en autoriserait l'acceptation que pour partie, et qu'un autre légataire serait

alors appelé à le recueillir, au lieu et place de l'établissement public (25 mars 1863, Chagot, Dev., 1863, I, 169; ajout. Amiens, 24 juill. 1863, mêmes parties, *Gazette des tribunaux* du 5 août 1863).

Et cette décision nous paraît tout à fait juridique; elle n'est qu'une nouvelle application d'un principe que nous avons plusieurs fois rappelé, à savoir : que la volonté du disposant est indivisible, et qu'il a le droit, comme dit fort bien M. Massé, de vouloir *n'être libéral que d'une certaine manière ou de ne l'être pas du tout.* (*Observations,* Dev., 1863, I, 169, *loc. supra;* et D., 1863, I, 113; Comp. *supra* n°s 188 et 208).

605. — C. L'article 912 du Code Napoléon était ainsi conçu :

« On ne pourra disposer au profit d'un étranger, que « dans le cas où cet étranger pourrait disposer au pro- « fit d'un Français. »

Mais cet article a été abrogé par la loi du 14 juillet 1819, qui porte que :

« .... Les étrangers auront le droit de succéder, de « disposer, et de recevoir, de la même manière que « les Français, dans toute l'étendue de l'Empire. »

Nous avons d'ailleurs exposé déjà les règles relatives à la capacité des étrangers en France; et il suffit de nous référer aux développements, que nous y avons consacrés (*supra*, n° 464; et notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application des lois*, etc., n°s 242 et suiv.).

606. — D. Faut-il mettre les *personnes incertaines* au nombre de celles qui sont absolument incapables de recevoir ?

Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement.

En ajoutant toutefois qu'il est, avant tout, essentiel de bien s'entendre sur la véritable acception de ces mots : *personnes incertaines,* d'autant plus que cette

acception n'est pas, dans notre droit français, ce qu'elle a été, surtout dans l'origine en droit romain.

Lorsque, en effet, les anciens jurisconsultes de Rome décidaient qu'on ne pouvait pas léguer à une personne incertaine, ils désignaient, sous ce nom, celle dont le testateur ne pouvait, dans sa pensée, se représenter l'individualité que d'une façon incertaine, et dont il ne pouvait concevoir une idée distincte et précise : *quam per incertam opinionem animo suo testator subjicit.*

Et ils en donnaient, entre autres, cet exemple : *quicumque filio meo in matrimonium filiam suam collocaverit* (Gaius, *Instit.*, comm. II, § 238).

C'est par ce motif aussi, c'est comme personne incertaine, que le posthume externe ne pouvait pas recevoir un legs (Gaius, *h. l.*, § 242).

Cette doctrine toutefois avait reçu, dès avant Justinien, certains tempéraments. C'est ainsi qu'on admettait la validité du legs fait *sub certa demonstratione*, c'est-à-dire, à une personne incertaine, mais appartenant à une catégorie de personnes certaines : « *ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit...* » (Gaius, *loc. supra cit.; Instit.*, lib. II, tit. XX, § 25).

Et, dans le dernier état de la législation romaine, Justinien annonce qu'il a réformé entièrement, sur ce point, l'ancien droit par une Constitution à laquelle il se réfère dans ses *Institutes* (*loc. supra*, § 26), mais dont le texte ne se trouve pas dans son Code (*voy.* lib. VI, tit. XLVIII, *de incertis personis*).

607. — Notre ancien droit français n'avait pas manqué non plus de s'occuper de cette théorie des personnes incertaines; et il l'avait envisagée sous un point de vue, à certains égards, nouveau, et qui mérite d'être signalé.

Pothier, notamment, pose en principe que : « Les

legs devant partir d'une juste affection que le testateur porte au légataire, il s'ensuit que les legs faits à *des personnes incertaines*, qui n'ont pu mériter l'affection du testateur, et qui partent d'un pur caprice du testateur, sont nuls. » (*Des Donations testam.*, chap. II, sect. II, art. 5.)

Il semblerait que, avec cette donnée, Pothier va être ramené à l'ancienne doctrine romaine; car on se demande comment une personne, parfaitement inconnue au testateur, et dont il ne peut se faire aucune idée distincte et précise, aura pu mériter son affection.

Mais tout au contraire! et Pothier, reprenant les exemples de legs, qui étaient déclarés nuls par le droit romain comme faits à des personnes incertaines, arrive à cette conclusion qu'ils doivent être déclarés valables.

C'est ainsi qu'on doit décider, dit-il, « que le legs fait par un testateur à celui qui épousera sa fille ou sa nièce, qui n'était pas valable par l'ancien droit, doit être valable, selon la Constitution de Justinien; car il part d'un motif plausible, qui est de faire trouver un parti meilleur à sa fille ou à sa nièce; et si ce légataire n'a pu mériter par lui-même l'affection du testateur, qui ne le connaissait pas, il a pu la mériter par la personne qu'il épousera.... » (Ajout. Furgole, chap. VI, sect. II, n° 29.)

« De même, dit-il aussi, le legs fait à un posthume qui n'était pas valable par le droit du Digeste, est aussi valable; car quoique ce soit une *personne incertaine*, qui n'a pu mériter par elle-même l'affection du testateur, le legs qui lui est fait, part de l'affection que le testateur peut avoir pour les personnes de ses père et mère.... » (*Loc. supra cit.*)

Mais alors, quand est-ce donc que, d'après cette doctrine, le legs pourrait être déclaré nul, comme fait à une *personne incertaine?*

C'est, répond notre auteur, lorsqu'il s'agira « d'un legs fait uniquement par pur caprice, *comme si un testateur léguait à ceux qui, le jour de son enterrement, occuperaient la quatrième loge à la comédie.* » (*Loc. supra cit.*)

Ricard cite un exemple du même genre : « *Comme si*, dit-il, *le legs était couché en faveur de celui qui passera le premier, le jour de Saint-Jean dans la place Royale;* » et il enseigne aussi que ce legs devra être nul comme fait *à une personne incertaine*, parce qu'il est évident qu'il *n'est que le résultat de la faiblesse du testateur ou de l'aversion qu'il a contre ses parents* (Ire partie, chap. III, sect. XI, n° 565).

Il est donc vrai de dire que cette doctrine est différente de celle des anciens jurisconsultes romains, et que, finalement, bien loin de déclarer incapables les *personnes incertaines*, dans le sens latin de ces mots, elle consiste, au contraire, à les déclarer capables.

Nous ajouterons même qu'il ne faudrait pas attacher juridiquement trop d'importance à cette idée de Pothier, idée très-juste, en soi, sans doute, philosophiquement, et d'après laquelle les legs doivent émaner de l'affection du testateur pour le légataire.

Ricard lui-même a fait cette remarque très-importante :

« Pour être capable de recevoir par donation ou par testament, il n'est pas nécessaire de prouver que l'on ait eu habitude avec le donateur; et le donataire n'est pas obligé de justifier qu'il ait été digne de la disposition, qui a été faite en sa faveur, lui suffisant qu'il paraisse que la volonté du donateur a été de le gratifier; et, en effet, il peut arriver qu'il se soit porté à disposer de la sorte par quelque raison particulière et qui n'était connue que de lui. De sorte qu'il n'y a point de difficulté que les donations faites en faveur

de telle personne que ce puisse être, sont bonnes et valables, quoiqu'il demeure pour constant que le donateur n'a jamais eu commerce d'amitié ni autrement avec le donataire, qui se trouve d'ailleurs capable de recevoir. » (*Loc. supra cit.*, n° 556.)

Déjà même, les empereurs romains avaient déclaré que le testateur pouvait instituer héritier une personne qui lui était tout à fait inconnue.... *extraneum penitus ignotum!* (L. II, Cod. *De hæred. instit.*; L. XIX, Cod. *De donat.*)

Telle est encore aujourd'hui la vérité des principes; et aucun texte de notre Code, en effet, n'exige que le légataire, pour être capable de recevoir, ait été connu du testateur. Tout au contraire! l'article 906, qui porte qu'il suffit que le légataire soit conçu à l'époque du décès du testateur, et que par conséquent, il n'est pas nécessaire qu'il soit conçu à l'époque de la confection du testament, cet article démontre que l'ancienne théorie romaine, sur les personnes incertaines, qui s'appliquait précisément *au posthume* (*supra*, n° 605) n'a pas été admise par notre Code.

Et quant à l'hypothèse singulière, où le legs ne serait que le fruit d'un pur caprice, et d'une sorte de fantaisie déraisonnable, on verra si le testateur était sain d'esprit! (art. 901) et il se pourra bien, en effet, qu'un tel legs ne soit pas maintenu. Mais s'il est annulé, ce ne sera point par le motif qu'il aurait été fait à une *personne incertaine*, d'après l'ancienne acception romaine de ces mots, c'est-à-dire à une personne inconnue du testateur, et dont il ne pouvait pas se représenter l'individualité.

Car nous venons de prouver que ces *personnes incertaines* ne sont pas aujourd'hui incapables de recevoir; ou pour parler plus exactement, que ce ne sont plus là aujourd'hui des personnes incertaines.

608. — Quelle est donc aujourd'hui, sous l'empire de notre Code, la véritable acception de ces mots?

Nous croyons qu'il faut entendre par personnes incertaines celles dont l'acte même de disposition ne détermine pas actuellement l'individualité, et n'indique non plus aucun moyen, aucun événement, par l'accomplissement desquels elle pourrait être plus tard déterminée.

Peu importe que la personne, que le testateur a eue en vue, ait été présente ou non à sa pensée, ni même qu'elle soit certaine, en fait, parce qu'il l'aurait désignée verbalement, ou même par écrit, si d'ailleurs cet écrit n'est pas revêtu des formes solennelles du testament.

Ce n'en est pas moins là toujours une personne incertaine, légalement, dès que son individualité n'est ni déterminée, ni déterminable, en vertu de l'acte même de disposition.

Il y en a deux motifs également péremptoires :

1° Les donations entre-vifs et les testaments sont des actes solennels, soumis à certaines formes rigoureuses, en dehors desquelles ils n'existent pas aux yeux de la loi (art. 893); et par conséquent, tous les éléments constitutifs d'une donation entre-vifs ou d'un testament doivent se produire sous ces formes, pour avoir une existence légale;

Or, la désignation du légataire est certes un élément constitutif, et des plus essentiels, du testament!

Donc, la désignation du légataire doit, à peine de nullité, se trouver dans le testament, ou du moins elle doit pouvoir être faite à l'aide de moyens indiqués par le testament lui-même : *ex propriis verbis testamenti.... non aliunde.... non extrinsecus;*

Autrement, nous aurions un testament verbal, ou un testament écrit, mais non revêtu des formalités requises, à peine de nullité, par la loi (art. 1001; *voy.* le t. IV de ce Traité, n°s 23 et suiv.).

2° Eh! pourquoi la loi a-t-elle exigé ces formalités? c'est, entre autres motifs, afin d'assurer l'accomplissement de ses prescriptions, et notamment, de garantir aux héritiers le droit qui leur doit appartenir, dans leur intérêt privé aussi bien que dans l'intérêt général, de vérifier la capacité du légataire;

Or, il est manifeste que cette sage prévoyance de la loi serait facilement trompée, s'il était possible que des libéralités testamentaires fussent transmises à des *personnes incertaines*, c'est-à-dire à des personnes dont l'individualité ne serait pas déterminée ou du moins susceptible d'être déterminée d'après le testament lui-même (comp. Cass., 13 janv. 1857, Ville, Dev., 1857, I, 180; Cass., 28 mars 1859, Beuriet, Dev., 1860, I, 346; Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 11; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 470; Massé et Vergé, t. III, p. 34; Demante, t. IV, n° 26 *bis*, I).

609. — Un testateur, par exemple, a laissé une somme d'argent ou d'autres objets, meubles ou immeubles, à une personne désignée, pour être employée, par elle, suivant ses intentions, dont il lui a confié le secret.

Une telle disposition serait-elle valable?

Nous savons que l'affirmative a été enseignée; et Bergier en exprimait autrefois le principal motif en ces termes :

« La charité chrétienne et l'humanité, disait-il, exigent cette condescendance; si l'on forçait les testateurs auxquels l'honneur commande quelquefois des dispositions, que l'honneur défend d'avouer, à consigner leur propre turpitude dans leurs testaments, combien n'en verrait-on pas qui, manquant de courage pour sacrifier le soin de leur mémoire à l'intérêt de leur salut, aimeraient mieux mourir injustes que déshonorés!.... Dispenser les héritiers d'être fidèles aux dispositions dont le testateur n'a confié le secret qu'à son

confesseur ou à un ami prudent, ce serait donc dispenser le testateur d'être juste.... » (Sur Ricard, part. I, n° 592.)

Mantica, qui exigeait aussi, en principe, que la désignation du légataire se trouvât dans le testament, y faisait une exception précisément pour cette hypothèse.... *si pro male ablatis relictum fuerit* (lib. VIII, tit. IV, n°s 1, 2, 3).

Et cette doctrine a encore trouvé des partisans dans notre droit nouveau (comp. Grenier, t. I, n° 513; Delvincourt, t. II, p. 331).

Mais si intéressant que puisse être le motif présenté par Bergier, il ne saurait prévaloir sur le principe essentiel de droit, que nous venons de poser (*supra*, n° 608); nous pourrions ajouter aussi qu'il ne faut pas attendre la dernière heure pour s'acquitter de ces sortes de restitutions, et que, d'ailleurs, il est encore d'autres moyens de les accomplir secrètement. Ce qui nous paraît, en tous cas, juridiquement certain, c'est que de telles dispositions doivent être déclarées nulles, puisque la personne désignée dans le testament n'est pas le véritable légataire, et que le véritable légataire n'est pas désigné dans le testament (comp. Aix, 5 juin 1809, Merandol, Sirey, 1807, II, 1038; Cass., 12 août 1811, Laugiet, Sirey, 1811, I, 367; Cass., 8 août 1826, Legrand-Massé, Sirey, 1827, I, 47; Besançon, 6 fév, 1827, Simon, Sirey, 1827, II, 262; Limoges, 20 déc. 1830, Assolant, Dev., 1831, II, 207; Lyon, 13 févr. 1836, Chausson, Dev., 1837, II, 263; Pothier, *Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 44; Merlin, *Répert.*, *loc. supra cit.*; Toullier, t. III, n°s 351 et 606; Vazeille, art. 967, n° 8; Duranton, t. IX, n° 408; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 130, note *b*, § 3; Troplong, t. II, n°s 549, 555; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra*; Demante, *loc. supra*).

610. — C'est par application du même principe qu'il faudrait déclarer nul le legs universel, qui aurait été fait à une personne certaine, s'il était établi que ce prétendu légataire est seulement :

Soit une personne interposée au profit d'une personne incertaine, à laquelle il doit transmettre la fortune du testateur ;

Soit un simple exécuteur testamentaire, chargé d'employer cette fortune à des usages, que le testament ne ferait pas connaître.

En vain, la personne désignée faussement comme légataire offrirait-elle de prouver et prouverait-elle même que le véritable légataire est capable de recevoir, ou que les usages auxquels la fortune doit être employée, n'ont rien d'illicite (comp. toutefois, Lyon, 14 fév. 1862, Humann, Dev., 1862, II, 314; Paris, 7 déc. 1860, Guillebon, Dev., 1861, I, 833; et *Observations*, h. l.).

Outre que les héritiers ne sont pas légalement tenus de s'en rapporter à sa parole ni à son serment, ni même aux documents écrits, par lesquels elle pourrait l'appuyer, il resterait toujours :

1° Qu'elle n'est pas légataire;

2° Que le véritable légataire n'est pas désigné par le testament, et qu'il n'y a pas finalement du tout de légataire, aux yeux de la loi (comp. Bordeaux, 6 mars 1841, Laboujouderie, Dev., 1841, II, 240; Douai, 15 décembre 1848, Detève, Dev., 1849, II, 537; Colmar, 22 mai 1850, Mœglin, Dev., 1852, II, 435; Cass., 13 janv. 1857, Ville, Dev., 1857, I, 180; Cass., 28 mars 1859, Beurier, Dev., 1860, I, 346).

611. — Et quant à la preuve de cette interposition d'une personne certaine au profit d'une personne incertaine, nous verrons qu'elle peut, en général, être faite par tous les moyens (comp. Cass., 3 juin

1861, Moreau, D., 1861, I, 218; Demante, t. IV, n° 26 *bis*, I).

612. — Il nous suffit d'avoir posé le principe qu'une personne incertaine est absolument incapable de recevoir, et d'avoir défini ce qu'il faut entendre, dans notre droit, par ces mots : personne incertaine.

Les difficultés, que l'on pourrait présenter encore, ne soulèveraient plus que des questions de fait et d'interprétation.

Nous devons ajouter pourtant qu'il convient de n'y point apporter un trop grand rigorisme, dont le résultat pourrait être de méconnaître certaines volontés très-légales du disposant.

Est-ce que, par exemple, un legs fait aux pauvres devrait être déclaré nul comme fait à des personnes incertaines ?

La négative est d'abord évidente, d'après le texte même des articles 910 et 937, dans le cas où le legs serait fait *aux pauvres d'une commune ;* il serait alors censé fait au bureau de bienfaisance de la commune désignée par le testateur.

Et pour le cas où le legs serait fait aux pauvres sans aucune désignation, ne serait-il pas raisonnable de présumer que le testateur a eu en vue les pauvres de la commune où il avait son domicile ? assurément ! aussi cette interprétation de sa volonté, consacrée déjà par la loi 24 au Code, *De episcopis et clericis*, avait-elle été admise également par nos anciens auteurs.

C'est ainsi que Pothier enseignait que « le legs fait aux pauvres indéterminément était censé fait aux pauvres de la paroisse où le testateur avait son domicile, *lors de la confection du testament.* » (*Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans,* n° 38.)

Peut-être serait-il mieux de dire aux pauvres (de la paroisse) ou de la commune où le testateur avait son

domicile lors de son décès, et où sa succession s'est ouverte (comp. un Avis du comité de l'intérieur, en date du 12 avril 1834).

Mais, dans tous les cas, ce qui est certain, c'est qu'un tel legs serait valable (comp. Mantica, lib. VIII, tit. v; Furgole, chap. VI, sect. I, n° 86; Troplong, t. II, n° 557; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, 470; Massé et Vergé, t. III, p. 35).

613. — La même solution devrait être admise, dans le cas où le testateur aurait affecté une certaine somme à l'emploi d'œuvres de charité, sans aucune désignation précise; ce serait encore le bureau de bienfaisance de sa commune qui devrait être considéré comme légataire (comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 130 *bis*, note *b*, p. 581; de Baulny, *Revue crit. de législat.*, 1859, t. XIV, p. 229).

614. — Il arrive quelquefois aussi que le testateur fait un legs aux pauvres par l'intermédiaire d'une personne, des mains de laquelle ils devront recevoir la libéralité.

Et on peut mettre alors en doute si, en effet, c'est le bureau de bienfaisance qui doit être considéré comme légataire, et par suite si ces sortes de libéralités sont soumises à la condition de l'autorisation que l'article 910 exige (comp. Avis du comité de l'intérieur du 28 mai 1830; Taulier, t. IV, p. 37; Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.*).

Mais il nous paraîtrait, même dans ce cas, plus juridique et plus prudent de maintenir la même doctrine, et de considérer le bureau de bienfaisance comme légataire (comp. une circulaire du ministre de l'intérieur, du 19 févr. 1817, rapportée par Devilleneuve, 1845, II, 273; Douai, 11 févr. 1845, hospices de Dunkerque, Dev., 1845, II, 273; Bordeaux, 26 juin 1845, Giraudeau; Douai, 23 juin 1846, bureau

de bienfaisance de Sercus, Dev., 1846, II, 365, 368; Cass., 1er juill. 1861, Turpin, Dev., 1862, I, 753; Caen, 13 févr. 1863, mêmes parties).

615. — Parlerons-nous des legs, qui seraient faits aux Saints, à Dieu, à la sainte Vierge!

Ce mysticisme n'est plus de notre temps; et l'on n'en verra guère d'exemple.

On s'en était fort occupé autrefois; et Mantica y a consacré tout un titre (lib. VIII, tit. VI; *voy.* aussi Ulpien, fragm. II, § 6; l. 26, Cod. *De sacrosanctis ecclesiis*).

Si nous mentionnons cette formule étrange et ascétique, c'est qu'on y appliquait le même procédé d'interprétation, que nous venons d'employer en ce qui concerne le legs fait aux pauvres; et c'est ainsi que le legs fait à Dieu était censé fait à l'Église, *illius loci in quo testator habuit domicilium* (Mantica, *loc. supra*, n° 1).

On pourrait donc aussi, dans le cas où une hypothèse pareille se présenterait, considérer que le legs a été fait à la fabrique de l'église du lieu où le testateur avait son domicile.

616. — N'est-il pas arrivé même qu'un testateur avait institué *son âme* sa légataire universelle!

Mais il faut ajouter qu'il avait nommé un exécuteur testamentaire chargé d'employer le prix de ses biens en célébration de messes.

Et la Cour de Turin, interprétant sa volonté, a maintenu la disposition (30 juin 1808, Dev. et Car., 2, II, 311; comp. Troplong, t. II, n° 560).

617. — Ce qui s'est vu aussi, et même moins rarement, ce sont des *legs* faits à des animaux, à un cheval, à un chien!

Ce ne sont point là des legs, bien entendu! mais tout simplement des charges imposées à l'héritier ou au légataire.

Aussi le prétendu legs qui serait fait à *une chose*, à une maison, à une hôtellerie, dès qu'il ne pourrait pas être considéré comme une charge, serait-il évidemment nul (comp. Nîmes, 26 mars 1833, Nest, D., 1834, II, 37; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 33).

618. — Puisqu'il faut que le légataire soit désigné par le testament lui-même, le testateur ne saurait confier à l'héritier ou à un tiers le soin de le désigner; et voilà comment *la faculté d'élire* se rattache à la théorie des personnes incertaines.

C'est-à-dire que cette faculté qui avait été admise par notre ancien droit, où elle avait d'abord soulevé beaucoup de controverses, n'existe plus aujourd'hui. Déjà nous avons rappelé (*supra*, n° 106) qu'elle avait été abolie par la loi du 17 nivôse an II; et les travaux préparatoires de notre Code attestent que le législateur nouveau a entendu maintenir cette prohibition (*voy.* le rapport fait au Tribunat par M. Jaubert, Locré, *Législ. civ.*, t. XI, p. 437).

Il y a d'autant plus lieu de la maintenir, en effet, qu'elle repose sur un principe fondamental en cette matière, à savoir : que la libéralité doit être l'expression personnelle et directe de la volonté du disposant; *testamenta per se firma esse oportere et non ex alieno arbitrio pendere* (L. 32, ff. *De hæred. instit.*; comp. Aix, 9 fév. 1841, D., 1841, II, 160; Nancy, 28 janv. 1860, Poirot, *J. du P.*, 1861, p. 445; Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 2, n° 18 *bis*; Grenier, t. I, *Observat. prélim.*, n° 8, et Bayle-Mouillard, *h. l.*, n° 130 *bis*, note *b*, § 3, p. 576; Toullier, t. III, n° 350).

619. — Cette conclusion est certaine, lorsque la faculté d'élire est indéfinie et indéterminée.

Mais faut-il l'appliquer également, lorsque la faculté d'élire doit s'exercer *sub certa demonstratione*, entre un

certain nombre de personnes désignées par le testateur lui-même? (L. 7, § 1, ff. *De rebus dubiis.*)

Cette hypothèse est plus délicate (*supra*, n° 606).

Ricard la distinguait, en effet, autrefois d'avec les autres pour la déclarer valable (part. I, chap. XIII, sect. XII, n° 572; ajout. Furgole, *Quest. sur les donat.*, 46, n°s 7-31).

Et la validité en a été également soutenue dans notre droit moderne (comp. Troplong, t. I, n° 154, et t. II, n° 548; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 34, 35; *voy.* aussi Cass., 28 févr. 1853, Bricault-Verneuil, Dev., 1853, I, 332; Cass., 30 nov. 1853, Vernet, Dev., 1854, I, 27).

Il nous serait toutefois difficile de l'admettre. Est-ce que, en effet, le choix du légataire ne doit pas toujours être l'œuvre du testateur et résulter, par conséquent, du testament lui-même? Se peut-il que celui qui doit être le légataire direct, principal, et en premier ordre, ne soit connu que par l'effet d'une volonté étrangère, qui constituerait sa vocation et qui ferait finalement son titre? Nous ne saurions le penser, toutes les fois qu'il s'agit, en effet, d'une disposition principale, directe et en premier ordre (comp. Paris, 7 déc. 1860, Guillebon, Dev., 1861, I, 833; Agen, 25 nov. 1861, Guy, D. 1862, II, 34; Dev., 1862, II, 17, *Consultation* en note; et J. du P., 1863, p. 64, *Observations;* Cass., 12 août 1863, Gauron, *Gazette des Tribunaux* du 13 août 1863).

Ce que nous croyons seulement, avec nos honorables collègues, MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. V, p. 469), c'est que cette faculté d'élire, *sub certa demonstratione*, pourrait être admise, dans le cas où elle ne constituerait qu'une charge de restitution imposée à une disposition principale; car celui ou ceux qui pourraient être élus par le légataire principal, se trou-

veraient alors compris non pas dans la vocation, mais seulement dans la charge et dans le mode d'exécution de cette charge.

620. — C'est que, en effet, il ne faut pas confondre avec la faculté d'élire proprement dite, telle que nous la croyons aujourd'hui prohibée, un legs fait à une personne certaine et déterminée, sous la charge d'en faire profiter des personnes incertaines et indéterminées, dont la désignation devrait être faite par un tiers.

Une telle disposition est, au contraire, valable; tel serait, par exemple, le legs fait à un établissement charitable, sous la charge d'entretenir un certain nombre de lits dans l'intérêt des personnes qui seraient désignées par l'évêque diocésain (comp. *supra*, n° 582; Agen, 3 juill. 1854, Deroux, Dev., 1854, II, 465; Cass., 19 mars 1855, comm. de Belleville, Dev., 1855, I, 648).

621. — Nous supposons d'ailleurs, dans tout ce qui précède, que la faculté ou la charge d'élire ne constitue pas une substitution prohibée; car la disposition tout entière alors serait nulle, par une autre cause (art. 896).

Et cette observation nous paraît affaiblir beaucoup l'autorité des arrêts que l'on a cités (*supra*, n° 619) en faveur de la doctrine qui enseigne que la faculté d'élire *sub certa demonstratione* est valable; car, précisément, ces arrêts ont statué sur des questions de substitutions (comp. *supra*, n° 106).

622. — Les jurisconsultes romains et nos anciens jurisconsultes français ont encore beaucoup discuté une question qui se rattache à notre thèse actuelle, à savoir : si le testateur, en désignant lui-même un légataire certain, peut subordonner l'existence du legs à la volonté de l'héritier ou d'un tiers.

Et Ricard disait qu'elle était si difficile, que les docteurs la considéraient comme *insoluble!* (*loc. supra cit.*, n° 569.)

Ils en étaient venus pourtant à une *solution* qui, bien qu'assez subtile peut-être, paraît néanmoins juridique; et ils décidaient, en principe, que le testateur ne pouvait pas faire dépendre l'existence même du legs du pur arbitre d'un tiers, *ex aliena potestate*, *ex mero arbitrio;* mais ils admettaient : 1° que le legs pouvait être fait sous la condition d'un événement qu'il dépendait de l'héritier ou d'un tiers de faire arriver ou d'empêcher; 2° et que même il pouvait être fait sous la condition que l'héritier ou un tiers le trouverait convenable et juste : *ex arbitrio boni viri* (comp. L. 43, § 2, ff. *De legat.* 1°; L. 11, § 7, ff. *De legat.* 3°; L. 52, ff. *De condit. et demonstrat.;* Ricard, *loc. supra cit.*, n°s 573 et suiv.; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. II, sect. II, art. 8).

Cette doctrine serait, à notre avis, admissible encore aujourd'hui, si ces hypothèses, très-rares d'ailleurs, se présentaient.

623. — Nous avons presque toujours, dans l'exposition de la théorie des personnes incertaines et des différents points qui s'y rattachent, parlé seulement des testaments et des legs; c'est que, en effet, cette théorie n'est guère susceptible d'application dans les donations entre-vifs, qui sont soumises à la condition solennelle d'une acceptation expresse, et dont l'effet actuel exige une précision rigoureuse dans la désignation de la personne du donataire (comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 130 *bis*, note 6, § 3, p. 583).

§ IV.

Quelle est la sanction des incapacités de disposer et de recevoir, qui ont été établies par la loi.

SOMMAIRE.

624. — Exposition.

625. — La sanction des articles qui établissent des incapacités de disposer et de recevoir, c'est la nullité ou la réduction de la disposition.

626. — Suite.

627. — Rien de plus simple que la nullité ou la réduction d'une disposition faite ouvertement au profit d'un incapable. Mais il arrive presque toujours qu'une telle disposition est déguisée sous la forme d'un contrat onéreux ou faite par personnes interposées. — Article 911.

628. — Cet article 911 est composé de deux parties, qu'il ne faut pas confondre. — Division.

629. — A. La première partie de l'article, qui prononce la nullité de toute disposition faite au profit d'un incapable, est applicable sans distinction à toutes les incapacités de recevoir.

630. — Suite. — Elle s'applique notamment aux établissements religieux ou autres, qui n'ont pas été légalement reconnus.

631. — Mais s'applique-t-elle aussi aux établissements publics et aux congrégations légalement reconnus ?

632. — Les deux modes de simulation les plus usités sont le déguisement de la libéralité sous la forme d'un contrat onéreux et l'interposition de personnes.

633. — C'est à celui qui prétend qu'une libéralité a été faite au profit d'un incapable par un moyen de simulation quelconque, à en établir la preuve.

634. — Cette preuve peut être faite par tous les moyens.

635. — La question de savoir si une disposition a été faite au profit d'un incapable n'est qu'une question de fait, à décider d'après les circonstances particulières de chaque espèce.

636. — Suite. — Indication des circonstances principales qui peuvent révéler le déguisement d'une libéralité sous la forme d'un contrat onéreux.

637. — Des circonstances constitutives et indicatives de l'interposition de personnes.

637 *bis*. — Des dons manuels faits au profit d'un incapable.

638. — Suite. — L'interposition de personnes n'est autre chose qu'un fidéicommis. — Du cas où le fidéicommis est exprès.

639. — Du cas où le fidéicommis est tacite. — Exposition.

640. — 1° De quelles circonstances peut résulter la preuve de l'interposition entre le disposant et la personne que l'on prétend interposée?

641. — 2° Est-il nécessaire qu'il ait existé un concert frauduleux entre la personne interposée et l'incapable?

642. — L'interposition de personnes est souvent employée pour faire parvenir des libéralités à des communautés religieuses, qui ont une existence de fait, mais qui ne sont pas légalement reconnues. — Controverse sur ce point.

643. — Suite.

644. — Il faut aussi considérer comme personnes interposées en fraude de la loi, ceux qui n'auraient été institués légataires universels par un testateur, que dans le but d'enlever aux héritiers légitimes le droit de demander la nullité ou la réduction des libéralités, qui auraient été faites directement aux incapables eux-mêmes.

645. — B. D'après la seconde partie de l'article 911, certaines personnes sont présumées de plein droit interposées au profit de l'incapable. Motifs de cette présomption légale. — Division.

646. — La seconde partie de l'article 911 ne s'applique qu'à ceux des articles précédents du même chapitre, qui décrètent des incapacités relatives.

647. — Suite.

648. — Suite.

649. — Les exceptions que les articles 907 et 909 ont apportées aux incapacités qu'ils décrètent, doivent être appliquées également aux présomptions légales d'interposition de personnes que l'article 911 établit. — Exemples. — Discussion.

650. — Suite.

651. — A quelles personnes s'applique la présomption légale d'interposition, qui est écrite dans la seconde partie de l'article 911?

652. — *Quid*, des ascendants de l'incapable autres que ses père et mère?

653. — Il n'y a pas lieu de distinguer entre les enfants mineurs ou majeurs de l'incapable.

654. — *Quid*, de ses enfants adoptifs?

655. — *Quid*, de ses enfants naturels?

556. — *Quid*, de ses enfants adultérins ou incestueux?

657. — *Quid*, de la mère d'un enfant naturel, qui était conçu, mais qui n'était pas encore né à l'époque du testament et du décès de son père, qui l'avait reconnu?

658. — L'époux de la personne incapable est-il réputé personne interposée, même après la séparation de corps?

659. — *Quid*, de la personne qui doit devenir l'époux de l'incapable, mais qui ne l'est pas encore, au moment où la libéralité lui est faite?

659 *bis*. — La présomption légale de l'article 911 ne serait pas appli-

cable à la personne, qui vivrait en état de concubinage avec l'incapable.

660. — Elle ne s'applique pas non plus à ses alliés.

661. — Ni à ses parents collatéraux.

662. — Ni aux parents quelconques, dont l'incapable serait héritier présomptif, si d'ailleurs ces parents ne sont pas du nombre de ceux que l'article 911 répute personnes interposées.

663. — La présomption légale d'interposition, décrétée par l'article 911, n'est pas applicable, dans les cas où il y aurait une impossibilité absolue à ce que l'incapable profitât de la libéralité qui aurait été faite à la personne réputée interposée.

664. — Suite.

665. — Suite.

666. — Suite.

666 *bis*. — Suite.

667. — Suite.

668. — Suite.

669. — La présomption d'interposition décrétée par l'article 911 n'est pas applicable dans le cas où l'incapacité elle-même n'existait pas encore, lorsque la disposition a été faite au profit de la personne que l'on prétendrait être interposée.

670. — Les père et mère, les enfants et l'époux de la personne présumée interposée ne sont point frappés, à son égard, de la même présomption d'interposition.

671. — La présomption d'interposition de personnes, qui est écrite dans l'article 911, ne saurait être combattue par la preuve contraire.

672. — Suite. — Du cas où l'incapable renoncerait à profiter du bénéfice de la disposition.

873. — Suite.

674. — Suite.

675. — Que faudrait-il décider pourtant, si la disposition qui aurait été faite au profit de la personne présumée interposée, ne consistait que dans un droit d'usufruit ou de rente viagère?

676. — *Quid*, si le disposant n'a légué à la personne réputée interposée qu'une pension alimentaire, ou s'il ne lui a fait qu'un legs rémunératoire?

676 *bis*. — La disposition au profit d'un incapable, sous la forme d'un contrat onéreux ou sous le nom de personnes interposées, est nulle. — Et, dans le cas d'interposition, cette nullité a lieu non-seulement à l'égard de l'incapable, mais encore à l'égard de la personne interposée.

677. — Suite. — Pour que la preuve de l'interposition soit opposable à toutes les parties, il faut qu'elle ait été faite contradictoirement avec elles.

678. — La preuve faite de l'interposition est exclusive de la bonne foi dans la personne interposée. — Conséquence.

679. — La disposition, sous la forme d'un contrat onéreux ou par personnes interposées, faite au profit d'une personne qui ne pouvait recevoir qu'une certaine portion des biens du disposant, est-elle nulle pour le tout, lorsqu'elle excède cette portion? ou est-elle seulement réductible?

680. — Par qui peut être exercée l'action en nullité ou en réduction d'une disposition faite par une personne incapable de disposer, ou à une personne incapable de recevoir, soit ostensiblement, soit sous la forme d'un contrat onéreux ou sous le nom de personnes interposées?

681. — A. Du cas où l'action en nullité peut être exercée par le disposant lui-même, ou de son vivant, par ses créanciers et ayants cause.

682. — Suite.

683. — Suite.

684. — Le donateur lui-même (ou ses créanciers et ayants cause), pourrait-il exercer l'action en réduction contre une libéralité excessive, qu'il aurait faite à son enfant naturel, ou à son enfant adultérin ou incestueux?

685. — B. Du cas où l'action en nullité ou en réduction appartient, après la mort du disposant, à ses héritiers ou légataires universels et à leurs ayants cause.

686. — Suite.

687. — Suite.

688. — Le légataire universel, ou à titre universel, peut-il exercer l'action en réduction contre une libéralité excessive qui aurait été faite par le testateur à son enfant naturel?

689. — Suite.

690. — Suite.

691. — Les différentes personnes auxquelles appartient, suivant les cas, l'action en nullité ou en réduction d'une disposition faite au profit d'un incapable, peuvent-elles renoncer, expressément ou tacitement, à cette action?

624. — Toute disposition impérative ou prohibitive de la loi doit être garantie par une sanction; autrement elle serait illusoire; elle ne serait pas loi! (*voy.* notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 15).

Cette nécessité est surtout évidente et indispensable dans celles des dispositions, qui ont pour but de régler et de discipliner ce qui est le moins susceptible de règle et de discipline, les passions du cœur humain!

Or, tel est précisément le caractère des dispositions législatives qui établissent des incapacités de disposer ou de recevoir à titre gratuit.

Elles entreprennent une tâche difficile! de porter l'ordre et la mesure dans les entraînements et les excès des affections désordonnées.

Aussi doivent-elles s'attendre à des résistances!

625. — La sanction des articles que nous venons d'examiner, et qui établissent des incapacités de disposer ou de recevoir, c'est évidemment la nullité des dispositions qui ont été faites contrairement aux prohibitions de la loi (arg. de l'article 911, *infra*).

C'est la nullité, disons-nous, en règle générale, et lorsqu'il s'agit d'une incapacité complète de disposer ou de recevoir, soit absolue, soit relative.

Toutefois, nous avons vu que cette règle n'est pas applicable, lorsqu'il s'agit d'une incapacité de recevoir au delà d'une certaine quotité; la disposition qui excède cette quotité, est alors seulement réductible, et non pas nulle pour le tout (*supra*, n° 532).

626. — Mais, à part cette espèce particulière d'incapacité, la règle générale conserve son empire.

Et c'est ainsi que nous avons vu que l'on doit déclarer nulle une disposition universelle qui aurait été faite au profit d'une personne, qui n'était capable de recevoir que des dispositions à titre particulier (comp. *supra*, n° 531).

627. — Rien de plus simple que cette nullité ou cette réduction, suivant les cas, lorsque la disposition a été faite ouvertement au profit d'un incapable.

Mais cette hypothèse est la plus rare; et presque toujours, au contraire, on a recours à des simulations et à des fraudes, afin de se soustraire aux incapacités prononcées par la loi.

Or, il est clair que le législateur ne pouvait pas

tolérer ces fraudes, et qu'il devait employer sa vigilance à en déjouer le succès.

De là l'article 911, qui est ainsi conçu :

« Toute disposition au profit d'un incapable sera « nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un con- « trat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de per- « sonnes interposées.

« Seront réputées personnes interposées, les père et « mère, les enfants et descendants, et l'époux de la « personne incapable. »

628. — Cet article se compose de deux parties, qu'il ne faut pas confondre :

A. — L'une, principale et générale;

B. — L'autre, secondaire et spéciale.

La première partie est applicable à toutes les incapacités de recevoir, soit absolues, soit relatives;

Tandis que la seconde, au contraire, n'est applicable qu'aux incapacités relatives.

629. — A. Nous disons, d'abord, que la première partie de l'article 911 est applicable sans distinction à toutes les incapacités de recevoir.

Le texte est, en effet, très-explicite :

« *Toute disposition au profit d'un incapable sera « nulle...*, etc. »

Ces termes comprennent évidemment toutes les incapacités, soit absolues, soit relatives, que nous avons exposées (comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 45).

630. — Et, par exemple, il n'est pas douteux qu'ils s'appliquent aux établissements et aux congrégations religieuses ou autres, qui n'ont pas été légalement reconnus (comp. *supra*, n° 586; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et testam.*, n° 476; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 132, note *a*).

631. — Mais, au contraire, c'est une question con-

troversée et délicate, en effet, que celle de savoir si cette première partie de l'article 911 est applicable aux établissements publics et aux congrégations légalement reconnus; en d'autres termes, si l'on doit déclarer nulles les dispositions qui auraient été faites à leur profit sous la forme d'un contrat onéreux, ou sous le nom de personnes interposées.

Pour la négative, on peut raisonner ainsi :

1° L'article 911 ne prononce la nullité des donations déguisées, que lorsqu'elles ont été faites au profit de personnes *incapables;* et cette nullité ne saurait être étendue par analogie;

Or, aux termes de l'article 910, les communes, les hospices, les établissements publics, etc., ne sont pas *incapables;* seulement, leur capacité est suspendue jusqu'à l'autorisation qu'ils sont tenus d'obtenir;

Donc, on ne peut pas leur appliquer une nullité qui n'a été introduite que pour le cas d'une incapacité.

2° C'est que, en effet, le motif essentiel sur lequel l'article 911 est fondé, n'est pas alors applicable; et que l'espèce de fraude qu'il a voulu prévenir, ne saurait se réaliser, en ce qui concerne les personnes morales légalement reconnues.

La disposition a-t-elle été faite à leur profit par un tiers interposé? mais ce tiers ne pourra lui-même, pas plus que le disposant, remettre l'objet de la libéralité à la personne morale gratifiée, qu'autant qu'elle sera autorisée à l'accepter.

Et si le disposant a eu recours à la forme d'un contrat onéreux, l'autorisation étant aussi exigée pour ce genre de contrat, il s'ensuit « que l'on arrivera toujours, et par la force des choses, dit M. Bayle-Mouillard (*infra*), à soumettre la transmission des biens à l'approbation du gouvernement; et le vœu de l'article 910

sera rempli; de telle sorte qu'on ne voit pas trop comment se présenterait l'application de l'article 911. »

3° Dans tous les cas, d'ailleurs, ce sera le droit des héritiers ou autres parties intéressées d'intervenir pour dénoncer le déguisement et obtenir que la libéralité soit soumise à la nécessité de l'autorisation (comp. Bruxelles, 28 mars 1810; Angers, 28 janvier 1848, Rotureau-Launay, Dev., 1849, II, 217; Grenier, t. I, n° 132 et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a*; Toullier, t. III, n°s 79 et 212; Vazeille, art. 911, n° 12; Saintespès-Lescot, t. I, n° 289; Gaudry, *Traité de Législation des cultes*, t. II, n° 609).

Cette doctrine ne nous paraît pas exacte; et nous croyons, au contraire, que la nullité d'une telle disposition devrait être prononcée, en vertu de la première partie de l'article 911 :

1° Il est vrai que cet article ne déclare nulles les dispositions déguisées que lorsqu'elles ont été faites au profit d'un incapable.

Mais les personnes morales, même légalement reconnues, doivent être considérées comme incapables de recevoir, en tant qu'on prétendrait leur transmettre une libéralité sans aucune autorisation; car, du moment où l'on écarte cette condition d'autorisation, ces personnes-là sont incapables (*supra*, n° 593).

Or, tel est le but de la disposition, qui leur est faite sous la forme d'un contrat onéreux ou sous le nom de personnes interposées, et par laquelle le disposant entreprend de leur transmettre une libéralité en dehors de la condition d'autorisation, sous laquelle seulement elles sont capables;

Donc, une disposition ainsi faite s'adresse à *un incapable;* et l'article 911 doit y être appliqué, d'autant plus que ce contrôle de l'autorité publique, auquel on a voulu soustraire la libéralité, est exigé par des mo-

tifs d'intérêt général, et qu'une telle simulation constitue une fraude à la loi non moins qu'une fraude à la personne.

2° Mais, dit-on, la fraude n'est pas possible, puisque l'autorisation sera toujours nécessaire, de quelque personne que la transmission vienne et sous quelque forme qu'elle soit faite.

Qu'il s'en faut que cette réponse soit satisfaisante !

Voilà, par exemple, une femme, qui a des parents proches, nombreux et peu aisés, et qui charge un tiers interposé de transmettre secrètement toute sa fortune à une communauté religieuse; ce tiers interposé, lui, au contraire, n'a que des parents éloignés, en petit nombre, et riches eux-mêmes. N'est-il pas évident que l'autorisation du gouvernement ne sera pas alors demandée dans des conditions égales, et qu'elle pourra être accordée, même sans réduction, si la libéralité est considérée comme venant du tiers interposé; tandis qu'elle n'aurait été accordée qu'avec réduction ou qu'elle aurait été refusée tout à fait, si l'on avait connu le véritable disposant !

Et le même danger ne se trouve-t-il pas aussi dans le déguisement de la libéralité sous la forme d'un contrat onéreux, qui peut exposer le gouvernement à autoriser, sans le savoir, une libéralité, qui porterait atteinte à la réserve ou qui sacrifierait sans mesure, une famille nombreuse et pauvre à une communauté religieuse! (comp. Cass., 17 nov. 1852, Drilhon, Dev., 1853, I, 337; Montpellier, 24 août 1854, Cantaloube, Dev., 1354, II, 482; Vazeille, art. 911; Troplong, t. II, n° 724; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 445; Massé et Vergé, t. III, p. 37; Demante, t. IV, n° 32 *bis*, VIII; D., *Rec., alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et testament.*, n° 476; *Observations*, Dev., 1861, I, 833).

632. — Les deux modes de simulation les plus usités, et qui sont, en effet, les plus propres à atteindre ce but, sont le déguisement de la libéralité sous la forme d'un contrat onéreux, et l'interposition de personnes (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 250).

Quelquefois même, ces deux moyens sont employés cumulativement; et la personne interposée par le disposant pour faire parvenir la libéralité à l'incapable, emploie, pour la lui faire parvenir, la forme du contrat onéreux.

633. — En principe, c'est à celui qui prétend qu'une disposition à titre gratuit a été faite au profit d'un incapable par le moyen de l'une ou de l'autre de ces simulations, c'est à lui, disons-nous, d'en établir la preuve.

Delvincourt a enseigné toutefois que « du moment qu'un contrat à titre onéreux est passé avec un incapable, la donation est présumée, et que c'est à l'incapable à prouver qu'il y a vraiment contrat à titre onéreux. L'opinion contraire, dit-il, tendrait à obliger les adversaires de l'incapable à prouver un fait négatif, contre l'axiome : *factum negantis nulla est probatio.* En effet, s'il s'agit d'une vente, comment prouver que le prix n'a pas été compté? » (T. II, p. 60, note 8.)

Mais cette doctrine n'a pas été admise; et nous croyons qu'elle ne pouvait pas l'être :

1° Les articles de la loi, qui prononcent des nullités ou des incapacités, ne sauraient être étendus à des cas autres que ceux qu'ils ont prévus; or, l'article 911 prévoit uniquement le cas où une *disposition* a été faite au profit d'un incapable; il ne dit pas *une convention*, *un acte quelconque;* il dit : *toute disposition;* ce qui ne peut s'entendre que d'une disposition à titre gratuit;

cet argument tiré du texte même démontre qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter à certaines inductions que pourraient fournir peut-être, en sens contraire, les discussions préparatoires, et qui se trouvent d'ailleurs réfutées par l'ensemble de ces discussions elles-mêmes (comp. Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 132, 306, 335, 339, 364 et 443).

2° Le texte ainsi entendu est très-conforme aux principes.

Autre chose est la capacité de disposer ou de recevoir à titre gratuit; autre chose, la capacité de contracter à titre onéreux; et bien loin que les incapacités de disposer ou de recevoir à titre gratuit puissent être étendues aux contrats à titre onéreux, la règle est, au contraire que « toute personne peut contracter, si elle « n'en est pas déclarée incapable par la loi. » (Art. 1123; comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, n°s 364 et suiv.)

Ajoutons que la fraude ne se présume pas; et que c'est à celui qui l'allègue, et qui est demandeur, à la prouver (arg. de l'article 1116).

Et quant à l'argument, qui consiste à dire que nous voulons imposer au demandeur la preuve impossible d'un fait négatif, il n'est pas véritablement sérieux; car cette preuve, que nous lui imposons, s'applique, au contraire, à des faits très-affirmatifs et très-positifs (*infra*, n°s 635, 636).

Concluons donc que c'est à celui, qui prétend qu'un contrat onéreux renferme une donation déguisée au profit d'un incapable, à en fournir la preuve; et cela, dans tous les cas, soit que le contrat ayant reçu son exécution, il agisse lui-même en nullité contre l'autre partie; soit même que le contrat n'ayant pas reçu son exécution, cette exécution soit demandée contre lui par l'autre partie; car, en tant qu'il soutient que le contrat

renferme une donation déguisée et qu'il en demande la nullité pour cette cause, il devient, en effet, demandeur; *reus excipiendo fit actor*.

Que la qualité des parties entre lesquelles aura été passé le contrat onéreux, et l'incapacité de disposer ou de recevoir, qui existait entre elles, puissent fournir certaines présomptions de fait à celui qui entreprend de prouver que ce contrat renferme une donation déguisée, cela est vrai! (*infra*, n°s 636, 637); mais cela même suppose que c'est à lui d'en fournir la preuve (comp. Touillier, t. V, n° 77; Duranton, t. VIII, n° 267; Coin-Delisle, art. 911, n° 7; Saintespès-Lescot, t. I, n° 289; Troplong, t. II, n° 729; Coulon, *Quest. de droit*, t. I, p. 154; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 446; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 134, note *a*; D., *Rec. alph.*, *h. v*, n° 436).

654. — Cette preuve d'ailleurs peut être faite par tous les moyens admis en justice; non-seulement donc par la preuve littérale et par l'aveu de la partie, en la faisant interroger sur faits et articles ou en lui déférant le serment, mais encore par la preuve testimoniale et par les simples présomptions prises même en dehors de l'acte et sans aucun commencement de preuve par écrit.

Car il s'agit de découvrir une fraude, dont les intéressés n'ont pas pu se procurer une preuve écrite, et dont le succès, serait presque toujours assuré, s'il n'était pas permis de dévoiler, par tous les moyens possibles, les subterfuges, à l'aide desquels elle s'efforce de ne laisser aucune trace et de se rendre insaisissable (comp. art. 1341, 1348, 1353; *voy.* aussi L. 3, ff. *De jure fisci*).

Nous devons dire pourtant que plusieurs jurisconsultes, dans notre ancien droit, avaient pensé que la preuve de l'interposition de personnes au profit d'un incapable ne pouvait pas être faite par témoins : *il n'y*

a, *en ce cas*, disait Ricard, *que le serment de l'héritier* (part. I. chap. III, sect. XVI, n° 713; ajout. Berroyer sur Domat, part. II, liv. V, tit. III, sect. III, n° 6; *voy.* aussi Pothier, *Introduct. au tit.* XVI, *de la Cout. d'Orléans*, n° 44).

Mais cette doctrine n'était pas généralement suivie; et Furgole enseigne, au contraire, *qu'il n'y a point de doute que la preuve testimoniale ne doive être admise pour constater le fidéicommis tacite* (*des Testam.*, chap. VI, sect. III, n° 264; ajout. *Nouveau Denizart*, v° *Fraude*, n° 71; Domat, *Lois civ.*, *loc. supra cit.*; Merlin, *Répert.*, v° *Fidéicommis tacite*, n° 4).

Nous pensons que tel est aussi notre droit actuel (comp. *infra*, n° 640; Cass., 27 avril 1830, Schneider, D., 1830, I, 224; Cass., 20 juill. 1846, Toussaint; et 20 avril 1847, Laney, Dev., 1847, I, 74 et 437; Bordeaux, 8 déc. 1847, Scorbiac, Dev., 1848, II, 13; Paris, 20 mai 1851, de Schulembourg, Dev., 1851, II, 321; Montpellier, 24 août 1854, Cantaloube, Dev., 1854, II, 483; Cass., 13 janvier 1857, Ville; et 3 mars 1857, de Sauvan, Dev., 1857, II, 180 et 182; Angers, 23 févr. 1859, Dubignon, Dev., 1859, II, 136; Cass., 28 mars 1859, Beurier, Dev., 1860, I, 346; Cass., 3 juin 1861, Moreau, D., 1861, I, 218; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Substitut. fidéicommis.* § 14; Toullier, t. III, n° 77; Coin-Delisle, art. 911, n° 12; Troplong, t. II, n°s 703, 719, 720; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 448; Demante, t. IV, n° 32 *bis*, III).

635. — La question de savoir si une disposition a été faite au profit d'un incapable sous la forme d'un contrat onéreux ou sous le nom de personnes interposées, n'est, à vrai dire, qu'une question de fait, à décider, par les magistrats, dans chacune des espèces où elle peut se présenter, d'après les circonstances particulières, dont ils sont les appréciateurs souverains

(*voy.* les arrêts précités, *supra*, n° 634; ajout. Cass., 6 août 1862, de Montreuil, Dev., 1862, I, 773).

Nous avons déjà remarqué (*supra*, n° 386), que la fraude, dans toutes les occasions semblables, se trahit presque toujours par les mêmes indices; l'expérience a encore ici constaté cette vérité d'observation.

Il ne sera donc pas hors de propos d'indiquer rapidement les circonstances principales, dans lesquelles on devra rechercher la découverte de l'espèce de fraude, dont nous nous occupons, soit qu'il s'agisse d'un contrat onéreux, soit qu'il s'agisse d'une interposition de personnes.

636. — Et d'abord, qu'une disposition à titre gratuit puisse être déguisée sous la forme de toute espèce de contrat à titre onéreux, vente, dation en payement, contrat de société, reconnaissance de dettes, quittance mensongère, etc., cela est évident (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 256).

Il faut ajouter pourtant que la vente est celui de tous les contrats onéreux qui est le plus souvent employé pour ce déguisement; et c'est aussi celui, à l'égard duquel les symptômes, qui révèlent la fraude, ont été le mieux observés.

L'impossibilité, par exemple, démontrée contre le prétendu acquéreur d'avoir payé, avec ses ressources personnelles, le prix stipulé dans le contrat; la preuve acquise qu'il aurait, peu de temps auparavant, fait un emprunt d'une somme à peu près égale et qu'il l'aurait remboursée presque aussitôt; l'absence de cette somme dans la succession du prétendu vendeur; l'impossibilité d'en indiquer la trace ou l'emploi dans ses affaires; telles sont surtout les circonstances qui devront être recherchées (comp. Ricard, part. I, chap. III, sect. XVI, n° 757; Bordeaux, 22 juin 1828, Guerry d'Écosas, D., 1828, II, 72).

La circonstance aussi que la vente aurait été faite à fonds perdu, à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit, pourrait devenir, suivant les cas, un indice considérable de fraude; il est vrai que l'article 918, qui attache à ces sortes d'actes une présomption légale de gratuité, n'est applicable qu'entre cohéritiers en ligne directe (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. IV, nos 403, 405); mais les magistrats peuvent du moins y trouver une présomption de fait (comp. Cass., 5 mai 1807, Lacarrière, Sirey, 1807, I, 284; Montpellier, 19 mai 1813, Sirey, 1813, I, 361; Pothier, *de la Vente*, n° 615; Toullier, t. III, n° 134).

Dans tous les cas, ce qu'il faudra rechercher, quelle que soit l'espèce de contrat, qui ait été fait, c'est à savoir s'il a existé une contre-lettre; si l'acte ne renferme pas des stipulations extraordinaires et insolites; s'il n'a pas été fait avec une précipitation suspecte et entourée de secret, etc.

Ces différentes circonstances et les autres encore, que la situation présenterait, peuvent fournir des présomptions plus ou moins graves, précises et concordantes, suivant qu'elles sont isolées ou qu'elles se trouvent réunies en plus ou moins grand nombre; et la qualité des parties, leur rapport de parenté surtout, sont particulièrement de nature à y ajouter beaucoup de force (comp. Ricard, *loc. supra cit.*; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. V, n° 2363; Duranton, t. VIII, n° 267; Coin-Delisle, art. 911, nos 6-9).

637. — En ce qui concerne l'interposition de personnes, elle peut prendre aussi des formes diverses; et il n'est pas douteux qu'elle constitue une fraude, quelle que soit la forme qu'elle ait prise.

C'est ainsi qu'il y a interposition dans le fait par lequel une personne est chargée de remettre à un incapable, après le décès du disposant, une somme ou un

objet quelconque, que celui-ci lui a remis lui-même de la main à la main à cet effet (arg. de l'article 1939; comp. Paris, 15 prairial an XIII, Bergeret, Sirey, XIV, II, 381; Delvincourt, t. II, p. 63, note 2; Coin-Delisle, art. 911, n° 3; Grenier, t. I, n° 132; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *c*.).

637 *bis*. — Ce que nous venons de dire témoigne que la nullité, dont l'article 911 frappe toute disposition faite au profit d'un incapable, doit atteindre également les dons manuels, qui leur auraient été faits frauduleusement (comp. Montpellier, 25 févr. 1862, Dumas, Dev., 1862, II, 209; notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application des lois*, etc., n° 203; et notre *Traité des Successions*, t. IV, n°s 255 et 328, 329; Troplong, t. II, n° 725; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 132, note *c*).

638. — Le plus ordinairement, l'interposition s'opère au moyen d'une libéralité, que le disposant fait ostensiblement au profit d'une personne capable, qui est chargée de la faire parvenir à l'incapable, et qui se trouve ainsi l'intermédiaire *posé entre* le disposant et l'incapable.

C'est-à-dire que l'interposition de personnes n'est autre chose qu'un *fidéicommis* (*supra*, n°s 54 et 85).

Il n'y aurait pas de difficulté, si le fidéicommis était exprès, c'est-à-dire si l'on suppose que le disposant a formellement imposé, dans l'acte même, au donataire ou au légataire l'obligation de rendre à l'incapable (comp. Furgole, chap. VI, sect. III, n°s 209 et 224; Coin-Delisle, art. 911, n° 5).

639. — Mais il est clair que cette hypothèse ne se présentera presque jamais; et c'est toujours, en effet, au moyen d'un fidéicommis tacite que s'accomplit l'interposition de personnes au profit d'un incapable; elle est une fraude; voilà bien pourquoi elle se

cache! (*voy.* L. 10, princ. ff. *De his quæ ut indignis aufer.*)

Et c'est dans ce cas que s'élève la question, que nous avons à résoudre, de savoir à quels signes, à quels caractères on pourra la reconnaître, lorsqu'on ne se trouve pas dans un des cas où la loi elle-même la présume de plein droit (*infra*, n° 645); question délicate et plus difficile, en effet, relativement à l'interposition de personnes, que relativement aux contrats à titre onéreux (*supra*, n°s 636, 637).

On peut dire que cette question réside dans les deux points que voici :

1° Faut-il, pour qu'il y ait interposiion de personnes, qu'un concert ait existé entre le disposant et la personne interposée?

2° Faut-il qu'un concert ait existé entre la personne interposée et l'incapable?

640. — 1° Et d'abord, nous demandons de quelles circonstances peut résulter la preuve de l'interposition, entre le disposant et la personne que l'on prétend interposée?

Trois opinions se sont produites :

A. — Une première opinion paraît enseigner que l'interposition de personnes ne peut résulter que d'une convention, d'un accord entre le disposant et le donataire ou le légataire par lui institué; c'est ainsi que M. le président Lasagni la définissait : « une fraude à la loi consistant dans un concert entre le testateur et l'héritier institué, par lequel ce dernier s'oblige, sous la foi de l'honneur et de la conscience, à rendre toute la succession ou une de ses parties à des personnes incapables de succéder. » (Rapport dans l'affaire Maumy, Cass., 16 mars 1842, Dev., 1842, I, 637.)

Cette convention sans doute peut être tacite; elle peut même être purement verbale, aussi bien que par

écrit : *sive chirographum eo nomine dederit*, *sive nudâ pollicitatione repromiserit*, disait Gaius (L. 10, princ. ff. *De his quæ ut indig. aufer.*); mais toujours faut-il qu'il se soit formé, entre le disposant et le donataire ou le légataire apparent, un pacte par suite duquel celui-ci ait contracté l'engagement d'honneur de restituer les biens à l'incapable (comp. Grenier, t. I, n° 136).

B. — D'après une seconde opinion, l'existence d'une convention, d'un pacte proprement dit, n'est pas absolument nécessaire; et la preuve de l'interposition de personnes peut encore résulter :

1° De la nature de la disposition;

2° Des rapports de soumission et de dépendance où se trouverait, relativement à l'incapable, la personne prétendue interposée.

Cette preuve, d'abord, pourrait résulter de la nature de la disposition, dans le cas où cette disposition ne serait pas pure et simple, et offrirait, au contraire, certaines combinaisons, de droit d'accroissement ou autres, telles que les magistrats y apercevraient déjà l'indice et la révélation de la volonté du disposant de ne faire qu'un fidéicommis; les termes de l'acte peuvent donner alors passage aux présomptions et à la preuve testimoniale (comp. Paris, 5 avril 1845; et Cass., 20 juill. 1846, Toussaint, Dev., 1847, I, 74).

A défaut même de tout élément de ce genre dans l'acte de disposition, la preuve de l'interposition pourrait encore être déduite de certains rapports de parenté, de soumission et de dépendance, entre le donataire ou le légataire apparent et l'incapable; telle est précisément la base de la présomption légale d'interposition écrite dans l'article 911; il est clair, en effet, que cette présomption ne repose pas sur l'idée d'un pacte entre le disposant et la personne présumée interposée, puisque l'enfant de l'incapable s'y trouve

compris, alors même qu'il serait mineur, c'est-à-dire dans l'impossibilité légale de consentir ce pacte (*infra*, n° 653) ; c'est donc l'autorité de l'incapable sur la personne interposée qui sert de base à la présomption légale; et, dès lors, il est logique d'admettre aussi cette autorité de l'incapable comme une présomption de fait de nature à établir l'interposition, lorsqu'elle n'est pas présumée par l'article 911 (comp. Ricard, chap. III, sect. XVI, n° 742).

Mais, en dehors de ces conditions, c'est-à-dire : 1° lorsqu'on ne demande pas à établir l'existence d'un pacte entre le disposant et le donataire ou le légataire désigné dans l'acte ; 2° lorsque la disposition faite au profit de ce donataire ou de ce légataire est pure et simple ; 3° enfin, lorsque ce donataire ou légataire ne se trouve, vis-à-vis de l'incapable, dans aucun rapport de soumission et de dépendance, il est impossible d'admettre la preuve d'une prétendue interposition de personnes, sans violer les articles 894, 895, 970 et tous les autres, desquels il résulte qu'un acte de disposition à titre gratuit, régulier en la forme, constitue un titre légitime d'acquisition au profit de celui qui en est l'objet, et sans livrer les dispositions à titre gratuit, et surtout les dispositions testamentaires, les dernières volontés de l'homme, à tous les périls des interprétations les plus arbitraires ! (Comp. Dalloz, v° *Disposit. entre-vifs et testam.*, n°s 464 et suiv. ; *et Rec. périod.*, 1847, I, 269, note ; Devilleneuve, 1847, I, 438, note 1 ; Favart, *Répert.*, v° *Fidéicommis*, p. 574; Coin-Delisle, art. 911, n° 13; Pont, *Revue de législat.*, 1847, t. III, p. 270 et suiv. ; Gaudry, *Législation des cultes*, t. II, n° 671.)

C. — Cette seconde opinion est assurément très-grave ; et il ne nous paraît pas douteux qu'elle serait préférable à la première. Toutefois, nous ne

croyons pas qu'elle soit elle-même non plus tout à fait exacte :

Nous remarquerons d'abord que notre Code n'a déterminé, par aucun texte, les caractères ou les conditions auxquels les magistrats pourraient reconnaître l'interposition de personnes ; et son silence même est une preuve qu'il s'en est remis, sur ce point, à leur sagesse et à leur expérience; cette induction paraît d'autant plus justifiée, qu'il s'agit d'une question de fraude, c'est-à-dire d'une question, qui est, en général, par son caractère même, abandonnée à leur appréciation discrétionnaire.

Ce n'est pas à dire sans doute que cette appréciation ne doive pas être faite sous l'empire de certaines règles.

Mais nous pensons qu'à bien examiner ces règles, on arrive à cette proposition, savoir : que les magistrats peuvent déclarer qu'il y a interposition de personnes, lorsqu'il résulte des circonstances que le disposant n'a fait la libéralité au donataire ou au légataire apparent, que dans l'intention que ce donataire ou ce légataire la restituât à un incapable, et que le donataire ou le légataire ne doit, dès lors, lui-même, en honneur et en conscience, se considérer que comme une personne interposée.

Que la meilleure preuve de cette intention du testateur et de cette obligation du légataire apparent, résulte d'une convention qui aurait eu lieu entre eux, cela est évident; mais ce qui nous paraît vrai aussi, c'est que la preuve de cette convention n'est pas indispensable.

Nos anciens auteurs étaient, à cet égard, très-explicites : « Il ne suffit pas, dit Pothier, que le légataire offre affirmer qu'il n'y a eu aucune paction entre lui et le testateur...; car souvent il n'y en a pas; et le tes-

tateur se fie que la personne interposée pénétrera sa volonté... » (*Introduct. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 44; ajout. Furgole, chap. VI, sect. III, n° 226.)

Nous venons de voir que cette doctrine est reconnue, à certains égards, par les partisans de la seconde opinion, qui enseignent qu'il n'est pas nécessaire d'établir qu'un pacte a eu lieu entre le disposant et le légataire apparent, lorsque celui-ci se trouve, relativement à l'incapable, dans des rapports de subordination et de dépendance; or, pourquoi cela, si ce n'est parce que le légataire lui-même a dû comprendre alors l'intention du testateur et le but qu'il se proposait? donc, on reconnaît que, même à défaut de toute convention entre le disposant et le gratifié apparent, ou de toute promesse de la part de celui-ci, le titre qui l'institue fût-il même pur et simple, on reconnaît, disons-nous, que les circonstances peuvent être telles que le légataire apparent n'ait été évidemment institué par le disposant que comme une personne interposée, et que lui-même doive se considérer uniquement comme tel.

Ajoutons enfin que cette doctrine est indispensable pour l'efficacité des prohibitions que le législateur a prononcées.

On voudrait la preuve d'une convention, d'un engagement, d'une promesse!

Eh! mais précisément, c'est en cela que consiste la fraude! c'est à ne laisser aucune trace de convention, ni d'accord, ni de promesse de restitution! c'est à présenter la personne interposée comme un légataire sérieux, comme un légataire pur et simple, sans condition et sans charge! et les interrogatoires sur faits et articles, qui sont soutenus en ces sortes d'affaires, attestent que le plus grand soin des légataires apparents est de protester toujours contre toute pensée d'accord ou de concert!

Nous ne nierons pas que cette doctrine n'est pas exempte de certains dangers; mais c'est aux magistrats qu'il appartient de les prévenir, par leur sagacité et leur prudence; ces dangers d'ailleurs ne sont pas sérieusement à craindre, dès qu'il est entendu que ce n'est pas seulement sur de simples soupçons ou des conjectures plus ou moins vagues que l'interposition de personnes peut être déclarée; il y faut, en effet, des circonstances graves, précises et concordantes (art. 1353), desquelles résulte, pour les juges, une preuve manifeste : *ex probationibus manifestissimis* (L. 3, § 3, ff. *De jure fisci*).

La Cour de Caen a jugé que « l'opinion que peut avoir un donateur de l'emploi que fera probablement le donataire des objets donnés, ne peut jamais être considérée comme une condition même tacite de la donation, et ne peut jamais être regardée comme un fidéicommis, ni comme constituant une interposition de personnes... » (31 janvier 1827, Delatouraille, D., 1829, II, 103.)

Et cette décision nous paraît bien rendue; car la Cour constatait que le légataire, que l'on prétendait n'être qu'une personne interposée, était, au contraire, un légataire réel et sérieux.

Pareillement, de ce qu'une libéralité aurait été faite à une personne qui n'était liée, comme dit Furgole, ni de parenté, ni d'amitié avec le disposant, ce ne serait pas une raison pour y trouver nécessairement une preuve d'interposition de personne; après tout, un legs peut être fait à un étranger, même à un inconnu (*supra* n° 607); et lorsqu'il n'est pas établi que ce legs n'est pas sérieux, il doit être exécuté (comp. Furgole, chap. VI, sect. III, n°s 219 et 225).

La circonstance que le donataire ou le légataire aurait ensuite lui-même transmis, à titre gratuit, l'objet

de la libéralité à une personne qui aurait été incapable de le recevoir du premier disposant, ne serait pas non plus, à nos yeux, suffisante pour fournir toujours la preuve d'une interposition ; car la personne qui était incapable de recevoir du premier disposant, n'est pas, nous le supposons, incapable de recevoir du second; et c'est de celui-ci, en effet, qu'elle reçoit la libéralité par un acte nouveau et différent (comp. Grenier, *loc. supra cit.;* Coin-Delisle, art. 911, n° 11).

Nous le croyons ainsi nous-même.

Mais ce que nous ajoutons, c'est que toutes ces circonstances peuvent être telles, que les magistrats y reconnaissent, au contraire, la preuve certaine d'une interposition de personne, et qu'ils doivent avoir, à cet effet, la plus grande latitude d'appréciation.

Et leur appréciation devra être souveraine, lorsqu'ils auront constaté, soit qu'il y a eu une convention entre le disposant et le légataire apparent, soit, indépendamment de toute convention, que le disposant n'a institué le légataire que comme une personne interposée et que le légataire lui-même ne saurait, en conscience, se considérer comme un légataire sérieux.

Les anciens auteurs ont relevé les différentes présomptions à l'aide desquelles l'existence de ces fidéicommis peut être découverte (comp. Garsias, *De tacito fideicommisso;* Menochius, *De præsomptionibus,* lib. IV, p. 67 et suiv.; Ricard, part. I, chap. III, sect. XVI).

L'une des plus graves, sans doute, parmi ces présomptions, est celle qui doit être déduite de ce que le donataire ou le légataire apparent aurait ensuite remis lui-même l'objet de la libéralité à l'incapable, ou même annoncé seulement l'intention de le lui remettre; car si cette circonstance, comme nous venons de le dire, ne constitue point une preuve par elle-même et par elle seule, elle peut acquérir ce caractère

dans certains cas, surtout si la remise de la totalité des biens donnés au légataire apparent avait lieu à une époque rapprochée; si elle n'était de sa part envers celui auquel il les a remis, justifiée par aucun motif sérieux; s'il était peu aisé lui-même et qu'une telle largesse parût inexplicable.

Mais il n'est pas d'ailleurs nécessaire que cette restitution ait eu lieu; l'interposition de personnes doit être déclarée, dès qu'il est reconnu que la restitution doit être faite, lors même qu'elle ne l'aurait pas été (comp. Cass., 22 fév. 1847, Larrey, Dev., 1847, I, 437; Bordeaux, 8 déc. 1847, Scorbiac, Dev., 1848, II, 13; Montpellier, 3 mars 1853, Curvalle, Dev., 1853, II, 241; Cass., 3 juin 1861, Moreau, Dev., 1861, I, 218; Troplong, t. II, n°s 702-704; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 38).

641. — 2° Au point où nous en sommes, et après les développements qui précèdent, il est manifeste qu'il est encore moins nécessaire, pour que les magistrats puissent reconnaître une interposition de personne, qu'ils constatent qu'il a existé un concert frauduleux entre la personne interposée et l'incapable (comp. Cass., 20 juillet 1846, Toussaint, Dev., 1847, I, 74; Cass., 6 avril 1862, de Montreuil, Dev., 1862, I, 773).

642. — L'interposition de personnes est souvent employée pour faire parvenir des libéralités à des établissements non autorisés, et particulièrement à des communautés religieuses, qui ont une existence de fait, mais qui ne sont pas légalement reconnues.

On a prétendu, à la vérité, que ce moyen n'était pas alors nécessaire, ou plutôt même qu'il n'était pas possible; et la Cour de Grenoble en a donné surtout ce motif, que, d'une part, ces communautés, n'étant pas légalement reconnues, ne formaient pas un être moral,

et qu'il n'y avait là que des individus capables, *ut singuli*, d'après le droit commun, de recevoir à titre gratuit; et d'autre part, qu'il n'y avait pas lieu, dans une telle situation, *de s'occuper de la question de savoir s'il y a eu interposition de personne, celle pour qui aurait été destiné le legs ou la donation étant aussi capable de le recevoir que celle à qui il aurait été fait* (13 janv. 1841, Regnaud, Dev., 1841, II, 87).

Mais cette doctrine nous paraît inadmissible (*supra*, n° 631).

Non-seulement, elle aurait ce résultat, que les établissements religieux ou autres, qui ne sont pas légalement reconnus, seraient de meilleure condition que les établissements qui sont légalement reconnus, et que les abus si graves, auxquels le législateur a dû pourvoir, pourraient alors impunément se produire.

Mais il est clair que la logique la plus irrésistible des principes s'y oppose :

Nous avons constaté, en effet, qu'il faut considérer comme incapable de recevoir, toute communauté, qui ayant une existence de fait, n'a pas été légalement autorisée (*supra*, n° 586);

Or, aux termes de l'article 911, les dispositions faites au profit d'un incapable, par personnes interposées, sont nulles;

Donc, il faut déclarer nulle la disposition faite au profit d'une ou de plusieurs personnes membres d'une telle communauté, ou de toute autre personne qui n'en serait pas membre, lorsqu'il est constaté qu'elles ne sont instituées que pour faire parvenir la libéralité à la communauté elle-même considérée comme être moral, c'est-à-dire comme incapable de recevoir (comp. Cass., 5 août 1841, Couderc, Dev., 1841, I, 875; Cass., 5 juill. 1842, de Fonclare; et 26 avril 1842, Suffet, Dev., 1842, I, 590 et 739; Aga, 12 août 1842, Treillis,

Dev., 1843, II, 33; Caen, 31 mars 1846, Ursulines de Mortain, Dev., 1846, II, 431; Paris, 20 mai 1851, de Schulembourg, Dev., 1851, II, 321; Cass., 3 juin 1861, Moreau, D., 1861, I, 218; Saintespès-Lescot, t. II, n° 258; Troplong, t. II, n°s 688-690; Demante, t. IV, n° 31 *bis*, VI; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 36).

643. — Et même, on a imaginé, pour ce cas particulier, une combinaison spéciale.

Cette combinaison consiste à instituer plusieurs membres de la communauté (trois presque toujours) légataires conjointement, avec droit d'accroissement, en chargeant le survivant d'entre eux de faire lui-même une institution pareille au profit de trois autres membres de la communauté, et ainsi successivement.

De cette manière, en même temps qu'on prévient les chances de caducité qui pourraient survenir par la mort du futur légataire à une époque où le testateur peut-être ne pourrait plus recommencer son testament, on assure à la communauté la conservation perpétuelle des biens qui en font l'objet.

C'est l'expédient conseillé par l'abbé Nicolle, dans un passage de ses mémoires :

« Comme il faut tâcher, dit-il, que le bien qu'on fait à l'Église soit perpétuel, messieurs les légataires universels sont très-humblement suppliés de faire une donation entre-vifs de biens, sitôt qu'il sera mort quelqu'un d'entre eux, de manière que ces biens ne puissent jamais aller à des parents.... Il est nécessaire que ces biens puissent, en quelque sorte, devenir perpétuels; que le dernier survivant fasse un testament pareil à celui que j'ai fait, en donnant ces biens à trois personnes désintéressées et gardant le même ordre à perpétuité.... »

Le conseil a été compris; et cette forme est celle, en

effet, qui est le plus souvent employée pour opérer cette interposition de personnes. Mais aussi les recueils de jurisprudence attestent que la sagesse des magistrats sait déjouer la simulation dans ce cas comme dans tous les autres (comp. les arrêts cités *supra*, n° 642; et surtout Grenoble, 13 janv. 1841, Reynaud, Dev., 1841, II, 87; Paris, 20 mai 1851, de Schulembourg, Dev., 1851, II, 321).

644. — Remarquons enfin qu'il faudrait considérer comme personnes interposées, dans les termes de l'article 911, ceux qui n'auraient été institués légataires universels par un testateur que dans le but d'enlever aux héritiers légitimes le droit de demander la nullité ou la réduction des libéralités qui auraient été faites directement aux incapables eux-mêmes, ou de les empêcher de réclamer contre la concession de l'autorisation que doivent obtenir les établissements publics ou les communautés qui auraient été l'objet direct de ces libéralités.

Il est clair, en effet, que ce prétendu légataire ne serait qu'un exécuteur testamentaire ou un fiduciaire, chargé de protéger frauduleusement contre l'action en nullité des héritiers ab intestat les dispositions faites au profit des incapables, afin que les héritiers, n'ayant pas d'intérêt, n'eussent point, par cela même, d'action.

Mais dès qu'il est démontré que le titre du légataire universel n'est pas sérieux, on ne doit plus voir en lui qu'une personne interposée (comp. *infra*, n° 688; Cass., 17 mai 1852, de Pons, Dev., 1852, I, 570; Cass., 17 novembre 1852, Drilhon, Dev., 1853, I, 337; Toulouse, 30 nov. 1852, Guy-Briol, Dev., 1853, II, 32; Cass., 3 juin 1861, Moreau, D., 1861, I, 218).

645. — B. Nous arrivons maintenant à la seconde partie de l'article 911 :

« Sont réputées personnes interposées les père et

« mère, les enfants et descendants, et l'époux de la « personne incapable. »

Il est facile de comprendre les motifs qui ont porté les auteurs de notre Code à créer, entre ces personnes, une présomption légale d'interposition; les liens qui les unissent, les rapports d'intimité, de soumission et de dépendance qui existent entre elles, la communauté même le plus souvent de leurs intérêts, l'expliquent et la justifient complétement.

Dans quels cas cette présomption légale a-t-elle lieu?

Et relativement à quelles personnes?

C'est ce qu'il faut examiner.

646. — Et d'abord, nous avons annoncé déjà que la seconde partie de l'article 911 ne s'appliquait qu'aux incapacités relatives et qu'elle était étrangère aux incapacités absolues (*supra*, n° 628).

Taulier est, à ce que nous croyons, le seul auteur qui ait enseigné la doctrine contraire (t. IV, p. 38).

C'est que, en effet, cette doctrine est tout à fait inadmissible :

1° La preuve en est dans la place même que cet article 911 occupe dans ce chapitre de notre titre; d'où il résulte qu'il ne se réfère qu'aux incapacités de recevoir énumérées dans les articles précédents; or, il se trouve placé précisément avant un article (l'article 912), qui décrétait (avant qu'il eût été abrogé) une incapacité absolue; et cette incapacité aurait dû être placée avant l'article 911, si cet article avait dû s'y appliquer aussi.

Il est vrai que les articles 906 et 910, qui décrètent des incapacités absolues, sont placés avant l'article 911; mais la présomption légale d'interposition ne saurait évidemment s'y rapporter, puisque cette présomption repose sur des rapports de personnes, qui ne peuvent

pas encore exister avec un enfant non conçu, et dont les êtres purement moraux ne sont pas susceptibles (comp. Demante, t. IV, n° 32 *bis*, VIII).

2° En principe d'ailleurs, et en raison, la présomption légale d'interposition de personnes appliquée à une incapacité absolue serait impossible à justifier; on la comprend bien dans son application aux incapacités relatives, parce que celles-ci constituent, en même temps qu'une incapacité de recevoir, une incapacité de disposer; mais, au contraire, l'incapacité absolue de recevoir est purement unilatérale! elle n'altère, en aucune manière, la capacité ni la liberté d'action du disposant; et on ne comprendrait pas pourquoi celui qui est capable de disposer ne pourrait pas, en effet, disposer au profit d'une autre personne capable aussi de recevoir, et cela, parce que le fils ou le père, ou le conjoint de celle-ci serait frappé d'une incapacité absolue de recevoir!

3° Ce que l'on comprendrait encore moins, c'est que la personne qui aurait le malheur d'avoir quelqu'un parmi les siens, son enfant, son père, ou son conjoint, par exemple, condamné à une peine afflictive perpétuelle, se trouvât, elle! par cela seul, frappée aussi d'une incapacité absolue de recevoir de qui que ce fût! une telle conséquence serait véritablement révoltante!

Concluons donc que la seconde partie de l'article 911 ne s'applique qu'à ceux des articles précédents de ce même chapitre, qui décrètent des incapacités relatives, c'est-à-dire aux articles 907, 908 et 909 (comp. Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Interposition de personnes*, § 1; Toullier, t. III, n° 80 et Duvergier, *h. l.*, note 1; Duranton, t. VIII, n° 276; Grenier, t. I, n° 132; Saintespès-Lescot, t. I, n°s 287, 288; Coin-Delisle, art. 911, n° 17; Troplong, t. II, n° 724; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 446; Massé et Vergé, t. III, p. 45).

647. — D'où il suit que non-seulement la seconde partie de l'article 911 ne s'applique pas aux incapacités absolues; mais qu'elle ne s'applique même pas à d'autres incapacités relatives, que celles qui sont édictées dans ce chapitre II de notre titre.

C'est ainsi qu'il ne faudrait l'étendre :

1° Ni aux clercs du notaire qui a reçu un testament, et que l'article 975 déclare incapables de recevoir du testateur;

2° Ni aux officiers du vaisseau, en cas de testament fait sur mer, que l'article 997 frappe aussi d'une incapacité relative (comp. toutefois Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et testam.*, n° 278);

3° Ni aux tuteurs, ou autres administrateurs, que l'article 1596 déclare incapables de se rendre adjudicataires, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées, des biens qu'ils sont chargés de vendre; car il s'agit là non pas de donations entre-vifs ou de testaments, mais de contrats ordinaires et d'actes commutatifs (comp. Duranton, t. XVI, n° 138; Coin-Delisle, art. 911, n° 18; Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 193; Troplong, *de la Vente*, t. II, art. 1596, n° 193).

648. — C'est très-justement aussi que la Cour de Besançon a décidé que la présomption légale d'interposition de personnes écrite dans l'article 911, ne s'étend pas au cas d'une incapacité, qui serait seulement le résultat des stipulations privées d'un contrat (16 mars 1857, D'Arcine, Dev., 1857, II, 619).

649. — Il faut ajouter que, pour les hypothèses même des articles 907 et 909, auxquelles l'article 911 se réfère, la présomption légale d'interposition cesse d'exister dans les cas où l'incapacité elle-même cesserait d'exister.

C'est-à-dire que les exceptions que les articles 907 et 909 ont apportées aux incapacités qu'ils établissent,

doivent être appliquées également aux présomptions légales d'interposition de personnes que l'article 911 établit.

Voilà, par exemple, un legs qui est fait par un mineur âgé de plus de seize ans au père ou à la mère de son tuteur; mais ce parent du tuteur est l'ascendant du mineur.

Ou bien c'est un malade, qui dispose au profit de la femme ou des enfants du médecin, qui le traite; mais le médecin est son allié; et la femme ou les enfants, donataires ou légataires, sont des parents du malade au degré déterminé par l'article 909, d'après lequel l'incapacité du médecin lui-même cesserait.

Supposez encore que le malade, ayant été traité par le père ou par le fils de son propre conjoint, ait disposé au profit de celui-ci, durant la maladie dont il est mort.

Est-ce que, dans ces différents cas, les libéralités devront être déclarées nulles, par application de l'article 911, comme ayant été faites à des incapables, sous le nom de personnes présumées interposées?

Nous ne saurions l'admettre.

En effet, la présomption légale d'interposition de personnes est fondée sur ce que la libéralité faite à la personne présumée interposée au profit de l'incapable, est considérée comme ayant été faite au profit de l'incapable lui-même; et l'*incapacité* de l'interposé, si on peut même employer ce mot, en ce qui le concerne (*infra*, n°s 664 et 670), cette incapacité, disons-nous, n'est que subordonnée et accessoire; elle suppose une incapacité principale, dont elle n'est que la conséquence et la sanction; d'où il suit qu'elle ne saurait exister là où l'incapacité principale elle-même n'existe pas;

Or, dans les différents cas que nous venons de pré-

senter, l'incapacité principale n'existerait pas, puisque précisément les articles 907 et 909 y apportent, pour ces cas, des exceptions;

Donc, la présomption d'interposition de personnes ne saurait exister davantage; et on ne concevrait pas que la personne légalement présumée interposée continuât d'être considérée comme telle et fut, en effet, comme telle, incapable de recevoir, dans le même cas où l'incapable lui-même, relevé de son incapacité, pourrait très-valablement recevoir!

L'argument que l'on prétendrait tirer, en sens contraire, de la généralité des termes de l'article 911 ne saurait tenir contre une telle argumentation; et le motif essentiel de cet article démontre qu'il ne peut être raisonnablement entendu qu'avec cette limitation (comp. Toulouse, 9 déc. 1859, Labarthe, Dev., 1860, II, 145; Delvincourt, t. II, p. 60, note 12; Taulier, t. IV, p. 38; Saintespès-Lescot, t. I, nos 271 et 285; Demante, t. IV, n° 32 *bis*, V; Bressolles, *Revue critiq. de jurisprud.*, 1860, t. XVI, p. 1 et suiv.).

650. — M. Bressolles, dans l'article précité (p. 11 et suiv.) va même plus loin; et il enseigne que l'épouse du médecin ne doit pas être considérée comme personne interposée, lorsqu'elle se trouve héritière présomptive ab intestat du donateur ou testateur, *même hors des degrés fixés par l'article* 909.

Mais cette doctrine serait, à notre avis, trop avancée.

Est-ce que le médecin, en effet, ne serait pas alors incapable lui-même de recevoir du malade?

Oui, sans doute.

Or, si le médecin est incapable, d'après l'article 909, est-ce que l'épouse du médecin n'est pas légalement présumée personne interposée, d'après l'article 911?

651. — Les personnes que l'article 911 présume de plein droit interposées sont :

Les père et mère;

Les enfants et descendants;

Et l'époux de la personne incapable.

La présomption légale s'applique à toutes les personnes qui se trouvent comprises dans cette classification :

A toutes celles-là, sans doute;

Mais aussi rien qu'à celles-là; car il s'agit d'une présomption légale, qui ne pourrait être étendue (art. 1350).

652. — Ainsi, d'abord, l'article 911 ne désignant que *les père et mère*, nous ne croyons pas que l'on puisse y comprendre les autres ascendants de l'incapable (comp. Duranton, t. VIII, n° 271; Coin-Delisle, art. 911, n° 15; Taulier, t. IV, p. 38; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 447; Massé et Vergé, t. III, p. 47; *voy.* toutefois Delvincourt, t. II, p. 60, note 11).

653. — Mais, au contraire, la généralité des termes, par lesquels l'article 911 désigne *les enfants et descendants*, ne permet pas de distinguer entre les enfants et descendants majeurs ou mineurs, soumis ou non soumis à la puissance paternelle de l'incapable (comp. *supra*, n° 640; Troplong, t. II, n° 721).

654. — Que tous les enfants et descendants légitimes soient compris dans l'article 911, cela est évident.

Mais les enfants adoptifs?

Il en est de même; ils sont aussi, dans leurs rapports avec l'adoptant, *loco liberorum* (comp. notre *Traité de l'Adoption*, etc., n° 152; Duranton, t. VIII, n° 274; Saintespès-Lescot, t. I, n° 277; Troplong, t. II, n° 723).

655. — Et les enfants naturels?

Il serait permis d'en douter; et Demante, enseigne,

en effet, la négative, par le motif que « dans le langage « du législateur, les titres de famille ne se rattachent « jamais qu'à la filiation légitime, quand la loi n'en « fait pas elle-même l'application à la filiation natu- « relle. » (Arg. des articles 158 et 183 ; t. IV, n° 32 *bis*, VII ; *voy.* aussi notre *Traité de la Paternité et de la filiation*, n° 547).

Nous devons dire, toutefois, que la solution contraire est plus ordinairement admise dans la doctrine et dans la jurisprudence ; et on ne saurait nier que la généralité du texte de l'article 911, et peut-être aussi une partie de ses motifs, s'appliquent également aux enfants naturels (comp. Paris, 26 avril 1833, Serré, D., 1834, II, 1 ; Amiens, 22 déc. 1838, Mesnard, Dev., 1839, II, 1854 ; Delvincourt, t. II, p. 60, note 12 ; Duranton, t. VIII, n° 272 ; Pont, *Revue de législat.*, 1847, t. III, p. 298 ; Coin-Delisle, art. 911, n° 12 ; Saintespès-Lescot, t. I, n° 273 ; Troplong, t. II, n°s 721, 722 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 446 ; Massé et Vergé, t. II, p. 47).

656. — C'est par les mêmes raisons que l'article 911 a été aussi étendu aux enfants adultérins ou incestueux, pour les cas où cette espèce de filiation se trouve légalement constatée (comp. notre Traité précité, n° 608 ; Angers, 13 août 1806, Revelière, Sirey, 1807, II, 49 ; Cass., 13 juill. 1813, Rey, Sirey, 1813, I, 361 ; Toulouse, 5 mars 1827, Pendariès, D., 1827, II, 154 ; Lyon, 23 mars 1835, Trollion, Dev., 1835, II, 241 ; Bedel, *Traité de l'Adultère*, n° 101 ; Delvincourt, Duranton, Aubry et Rau, Massé et Vergé, *loc. supra cit.* ; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 78, note *b* ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 134, note *e*).

657. — La Cour de Paris a décidé que l'article 911 est applicable à la mère d'un enfant naturel qui était

conçu, mais qui n'était pas encore né à l'époque du testament et du décès de son père, qui l'avait reconnu (26 mai 1833, Serré, D., 1834, II, 1; et 5 mai 1840, David Stern, D., 1840, II, 186).

Ces décisions nous paraissent avoir été bien rendues.

Il est vrai que l'on dit, en général, que l'enfant conçu n'est réputé né que lorsqu'il s'agit de ses intérêts. (*voy.* notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application des lois*, etc., n° 151).

Mais cette maxime n'a rien d'absolu; ce qu'il faut ajouter d'ailleurs ici, c'est que l'enfant avait été reconnu; et dès qu'on lui appliquait cette maxime dans son intérêt, pour autoriser la reconnaissance, il était corrélativement nécessaire et logique de lui appliquer aussi tous les effets de cette reconnaissance, c'est-à-dire l'incapacité de recevoir au delà d'une certaine portion, d'après l'article 908, et la présomption légale d'interposition de personnes, d'après l'article 911.

Autrement, rien ne serait plus faible que d'éluder, en ces sortes d'hypothèses, l'incapacité décrétée par la loi (comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, *loc. supra cit.*; Saintespès-Lescot, t. I, n° 276; Troplong, t. II, n° 722; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 47).

658. — C'est dans les termes les plus absolus que l'article 911 déclare personne interposée l'époux de la personne incapable.

Aussi pense-t-on généralement qu'il s'applique à l'époux séparé, soit de biens seulement, soit même de corps et de biens.

Il est vrai que les motifs, sur lesquels est fondée cette présomption légale d'interposition, ont perdu beaucoup de leur force par l'effet de la séparation de corps; et nous avons vu, en effet, dans d'autres matières, que malgré la généralité du texte de la loi, une

distinction a été faite entre les époux séparés et les époux non séparés (comp. sur l'article 108, notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application*, etc., n° 358; et sur l'article 507, notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. II, n° 568).

Toutefois, dans cette matière spéciale, et qui est *pleine de fraudes*, dit Furgole (chap. VI, sect. III, n° 225), le plus sûr serait de ne pas s'écarter des termes précis de notre article 911 (comp. Toullier, t. X, n° 52; Duranton, t. VIII, n° 273; Coin-Delisle, art. 911, n° 15; Saintespès-Lescot, t. I, n° 276; Troplong, t. II, n° 721; Mourlon, *Repét. écrit.*, t. II, p. 240; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 47).

659. — Grenier a même enseigné que toute disposition faite à un individu, *qui va devenir l'époux de l'incapable*, doit tomber sous le coup de la présomption légale d'interposition de personnes (t. I, n° 133; comp. Paris, 24 nov. 1860, Ribe, Dev., 1861, II, 421).

Mais, s'il ne faut pas restreindre les termes de la loi qui établit une présomption, il ne faut pas non plus les étendre! (art. 1350).

Or, l'article 911 s'applique seulement à *l'époux* de l'incapable;

Donc, il ne pourrait être appliqué *au fiancé*, à celui qui est seulement engagé envers l'incapable par une promesse de mariage.

Et il en serait ainsi, même dans le cas où la libéralité ayant été faite par contrat de mariage, serait subordonnée à la condition du mariage (art. 1088).

Que ce soit là une circonstance, et des plus graves, pour établir que le futur époux n'a été, dans l'intention du disposant, qu'une personne interposée, cela est incontestable.

Mais ce n'est là qu'une présomption de fait, que les

magistrats auront à apprécier, d'après l'article 1353; ce n'est point une présomption de droit, dans les termes de l'article 911 (comp. Cass., 10 nov. 1836, Miron, Dev., 1837, I, 428; Toullier, t. III, n° 81, et Duvergier, *h. l.*, note *a;* Vazeille, art. 911, n° 10; Coin-Delisle, art. 911, n° 16; Saintespès-Lescot, t. I, n° 288; Troplong, t. II, n° 718; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 133, note *b.;* D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et test.*, n° 640).

659 *bis*. — Ajoutons que la présomption légale de l'article 911 ne serait pas non plus applicable à la personne qui vivrait, avec l'incapable, en état de concubinage (comp. Macadé, art. 911, n° 11).

660. — Ce qui est certain aussi, c'est que l'article 911 ne comprend pas les alliés, même en ligne directe, de l'incapable, au nombre des personnes réputées interposées.

661. — Ni ses parents collatéraux, même ses plus proches, comme son frère ou sa sœur (comp. Grenoble, 16 avril 1806, Gallard, D., 1806, II, 152).

662. — Ni enfin les parents quelconques, dont l'incapable serait héritier présomptif, si d'ailleurs ces parents ne sont pas du nombre de ceux que l'article 911 répute personnes interposées.

Il est vrai que, relativement aux libéralités faites par un veuf ou une veuve ayant des enfants d'un précédent mariage, l'article 1100 considère comme personnes interposées au profit du nouvel époux *les parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation*.

Mais c'est là une disposition spéciale, qui ne saurait être transportée dans notre article 911, où le législateur ne l'a pas mise.

C'est que, en effet, malgré l'affinité qui existe entre les articles 911 et 1100, chacun d'eux pourtant règle

une situation différente; et nous verrons, plus tard, les motifs sérieux de cette différence.

Il ne faut donc pas entreprendre d'opposer ces deux articles l'un à l'autre, et moins encore d'étendre ou de restreindre l'un par l'autre; il faut, au contraire, laisser à chacun d'eux son application spéciale et séparée.

Or, notre article 911 ne répute pas personnes interposées les parents dont l'incapable serait l'héritier présomptif; il ne s'est pas attaché, principalement du moins, à l'idée de la vocation successorale, ni des rapports héréditaires; et la preuve en est qu'il frappe de cette présomption légale d'interposition, l'époux, qui n'est que très-rarement l'héritier présomptif de l'époux incapable! ce qu'il a surtout considéré, ce sont les liens d'affection, d'intimité, de soumission et de dépendance, et la communauté des intérêts (comp. Zachariæ, Aubry et Rau., t. V, p. 447; Demante, t. IV, n° 32 *bis*, VI; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 133, note *e*).

663. — Même en ce qui concerne les personnes désignées dans l'article 911, il faut ajouter qu'elles ne sauraient être réputées interposées au profit de l'incapable, dans les cas où il y aurait une impossibilité absolue à ce que l'incapable profitât de la libéralité, qui leur aurait été faite.

Tel serait le cas où la disposition n'aurait été faite à l'une de ces personnes, à l'enfant, par exemple, de l'incapable, qu'après la mort de celui-ci (comp. L. 3, Cod. *De donat. inter vir. et uxor.*)

La présomption légale d'interposition est fondée sur ce qu'il est vraisemblable que le donataire ou légataire apparent est chargé de transmettre à l'incapable le bénéfice de la libéralité; la base même de cette présomption, c'est que la personne interposée n'est qu'un

intermédiaire placé, *posé*, entre l'auteur de la libéralité et la véritable personne à laquelle cette libéralité s'adresse ;

Or, cette présomption est impossible, lorsque l'incapable lui-même est décédé ;

Donc, la base essentielle de la présomption légale d'interposition fait alors défaut ; et l'article 911, malgré la généralité de ses termes, est inapplicable.

Il faut prendre garde, en effet, que la présomption d'interposition ne doit pas être confondue avec l'incapacité ! la personne présumée interposée n'est pas elle-même incapable de recevoir du disposant ; tout au contraire, elle est capable, elle ! d'après le droit commun (art. 902) ; c'est par l'effet d'une qualité *accidentelle et étrangère*, dit Ricard (*infra*), qu'elle se trouve frappée d'une présomption d'interposition ; mais *cette qualité*, ajoute-t-il fort justemeut, *est sujette à changement, et ne produit plus d'effet, dès qu'elle cesse de subsister* (*voy.* pourtant, *infra*, n° 670, ce qu'a écrit ensuite le même auteur).

Telle était l'ancienne doctrine (comp. Ricard, part. I, n^es^ 474 et 768 ; Pothier, *sur l'article* CCXCVI *de la Cout. d'Orléans*, note 7 ; *Traité des Donations entre mari et femme*, part. I, chap. II, art. 4, n° 117).

Telle est aussi la doctrine nouvelle (comp. Colmar, 31 mai 1825, Witmann, D., 1826, II, 51 ; Douai, 9 mai 1836, Bourgois, Dev., 1837, II, 573 ; Cass., 13 avril 1840, mêmes parties, Dev., 1840, I, 440 ; Cass., 7 fév. 1849, de Ville-d'Avray, D., 1849, I, 72 ; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 78, note *b* ; Coin-Delisle, art. 911, n° 20 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 142, note *f* ; Saintespès-Lescot, t. II, n° 291 ; Troplong, t. II, n° 717 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 447 ; Bressoles, *Revue crit. de législ.*, 1860, t. XVI, p. 1 et suiv.).

664. — Bien plus ! il pourrait en être ainsi, dans le

cas même où la disposition aurait été faite, du vivant de l'incapable, à une personne, que l'article 911 considère comme interposée, soit qu'il s'agisse d'un testament, soit qu'il s'agisse d'une donation entre-vifs.

A. Supposons d'abord un testament.

Paul a fait, en 1859, un testament au profit de Sophie, qui est la mère d'un enfant naturel, qu'il a reconnu.

Cet enfant décède, en 1860, avant Paul, son père; et celui-ci décède ensuite en 1861, sans avoir révoqué le legs qu'il avait fait à Sophie.

Sophie pourra-t-elle recueillir ce legs?

Pourquoi pas?

Dira-t-on qu'elle est, d'après l'article 911, une personne interposée à l'effet d'en faire parvenir le bénéfice à l'enfant naturel du testateur?

Mais cela est impossible, puisque cet enfant est décédé avant le testateur et avant l'ouverture du legs! (*supra*, n° 663).

Au moment donc où ce legs s'ouvre, il ne peut s'adresser qu'à Sophie elle-même; or, Sophie est capable de recevoir du testateur; car le concubinage n'est pas une cause d'incapacité (*supra*, n° 566).

Objectera-t-on alors que si Sophie est capable de recevoir, Paul, le testateur, n'a pas été, lui, capable de disposer? car il faut, dirait-on, que le testateur soit capable à la double époque de la confection du testament et de sa mort; or, à l'époque de la confection de son testament, Paul n'était pas capable de disposer au profit de Sophie, puisque son enfant naturel, dont Sophie était la mère, existait encore.

Cet argument est, en effet, celui de M. Bayle-Mouillard, qui enseigne que « lorsqu'il y a présomption légale que le légataire est une personne interposée au profit d'un incapable, *les règles relatives à l'époque à*

considérer pour la capacité de donner et la capacité de recevoir restent les mêmes, que lorsqu'il s'agit d'apprécier cette capacité dans la personne même soit du disposant, soit du gratifié. » (Sur Grenier, t. I, n° 242, note *f*.)

Mais nous croyons que cette doctrine du savant magistrat serait trop absolue.

Autre chose est l'incapacité, autre chose, la présomption légale d'interposition de personnes au profit d'un incapable! La présomption d'interposition suppose sans doute l'incapacité d'un tiers; mais cet incapacité ne rejaillit pas sur la personne présumée interposée, de manière à la rendre elle-même, directement et personnellement, incapable.

Et notre avis est, en effet, que les époques à considérer pour apprécier une question d'interposition de personnes, ne sont pas, de tous points, les mêmes que celles à considérer pour apprécier la capacité de disposer et de recevoir.

Paul, dans notre hypothèse, n'était donc pas incapable de disposer au profit de Sophie, à l'époque de la confection de son testament; pas plus que Sophie n'était incapable de recevoir de Paul, à l'époque de son décès.

La seule question est de savoir si c'est bien, en effet, au profit de Sophie elle-même, personnellement, que Paul a disposé.

Or, la présomption légale d'interposition de personnes ayant disparu avant son décès, et ne faisant plus obstacle à la capacité personnelle de Sophie, que voyons-nous?

Que Paul a laissé subsister, après la mort de son enfant naturel, le testament qu'il avait fait antérieurement au profit de la mère de cet enfant; d'où il résulte que c'est bien à elle que s'adressait la libéralité; et il

est facile de comprendre que des motifs tout personnels à Sophie ont pu déterminer, en effet, cette libéralité (comp. Troplong, t. II, nos 711, 712; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 447, 448).

665. — Toutefois, de la réponse même que nous y faisons, il résulte que l'objection, qui précède, deviendrait extrêmement grave, s'il était démontré que le testateur a ignoré le décès de l'incapable; comme si Paul, par exemple, étant tombé en état de démence, depuis la confection de son testament, n'avait pas su que son enfant naturel était mort avant lui; et nous croyons alors, en effet, que la présomption légale de l'article 911 devrait être maintenue (comp. Coin-Delisle, art. 911, n° 24).

666. — A plus forte raison, cette présomption devrait-elle être maintenue aussi, dans le cas où il s'agirait d'une de ces incapacités, comme celle du tuteur (art. 907) ou du médecin (art. 909), qui sont fondées, sur une présomption légale d'abus d'influence, et par conséquent sur la présomption d'un vice dans la volonté du testateur, au moment de la confection du testament.

Nous pensons que cette même présomption doit atteindre le testament, qui est fait par le mineur ou par le malade, au profit des personnes, qui sont considérées comme interposées dans l'intérêt du tuteur, du médecin et du ministre du culte; et la doctrine de M. Bayle-Mouillard, que nous avons exposée plus haut, (n° 665), nous paraît, dans ces hypothèses, devoir être suivie (comp. Troplong, t. II, n° 713; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

666 *bis.* — On a pu remarquer que, dans les exemples qui précèdent, nous avons supposé que l'incapable était décédé avant le testateur.

Notre avis est, en effet, que la solution devrait être

différente, si, au contraire, l'incapable existait à l'époque du décès du testateur; et cela, lors même que, à l'époque de la confection du testament, le légataire n'était pas encore atteint par la présomption légale d'interposition de personnes.

Voilà, par exemple, le père ou la mère d'un enfant naturel, qui, par un testament authentique, institue pour sa légataire universelle une jeune fille, en ce moment capable de recevoir de lui. Et puis, ensuite, cette jeune fille épouse l'enfant naturel du testateur; et elle est sa femme à l'époque du décès de celui-ci.

L'article 911 sera-t-il applicable?

Nous le croyons.

La volonté du testateur, en effet, bien que manifestée antérieurement à son décès, n'en doit pas moins être appréciée, au point de vue de la loi, à l'époque de son décès; car le testament, c'est la volonté dernière et suprême!

Or, à l'époque de son décès, la personne instituée légataire se trouve dans les termes de la présomption légale de l'article 911;

Donc, cette présomption doit lui être appliquée (comp. *infra*, n° 725; Coin-Delisle, art. 902, n° 8; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 141, note *d*).

667. — B. Supposons maintenant une donation entre-vifs (*supra*, n° 664).

Paul a fait, en 1859, dans un acte notarié, la déclaration qu'il donnait entre-vifs tel bien à Sophie, qui est la mère d'un enfant naturel, qu'il avait reconnu.

Cet enfant décède ensuite en 1860.

Et c'est en 1861, après son décès, que Sophie déclare, dans un acte authentique, accepter la donation entre-vifs qui lui a été faite par Paul en 1859.

Cette donation est-elle valable au profit de Sophie?

L'affirmative nous paraît certaine :

1° Parce que, au moment où elle s'est accomplie par l'acceptation, Sophie ne pouvait pas être considérée comme une personne interposée au profit de l'enfant naturel du donateur, puisque celui-ci n'existait plus;

2° Parce que le donateur, Paul, en ne révoquant pas, après la mort de son enfant naturel, cette offre qu'il avait faite à la mère, et en l'exécutant, au contraire, ensuite, a prouvé que c'était bien effectivement à la mère elle-même qu'il l'avait faite.

668. — Et, relativement à la donation entre-vifs, cette doctrine ne nous paraît pas même susceptible de la restriction, que nous avons cru y devoir apporter relativement au testament (*supra*, n° 666).

Il y aurait donc lieu de l'appliquer dans tous les cas d'incapacité, sans en excepter ceux qui reposent sur une présomption d'abus d'influence.

Supposez, par exemple, qu'un malade ait fait, par acte authentique, l'offre d'une donation entre-vifs au fils du médecin, qui le traitait de la maladie dont il est mort.

Mais il arrive que le médecin lui-même meurt avant lui.

Et c'est seulement après la mort du médecin, que le fils de celui-ci a accepté la donation, du consentement du malade.

Est-ce que ce consentement postérieur n'est pas la preuve que son offre antérieure est le fruit d'une volonté libre? ou, tout au moins, ne suffit-il pas à purger ce que l'offre antérieure pouvait avoir d'irrégulier?

Et voilà bien ce qui différencie la donation entre-vifs d'avec le testament; c'est qu'il y a, dans l'hypothèse de la donation entre-vifs, une adhésion nouvelle et affirmative, qui ne résultait pas suffisamment, dans l'autre hypothèse, du fait purement négatif que le

testateur n'avait pas révoqué son testament (comp. Troplong, t. II, nos 715, 716; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*).

669. — Après ce que nous venons de dire, il est, par avance, démontré que la présomption d'interposition décrétée par l'article 911, n'est pas non plus applicable, dans le cas où l'incapacité elle-même n'existait pas, lorsque la disposition a été faite au profit de la personne que l'on prétendrait être interposée.

Voilà, par exemple, que Paul, en pleine santé, fait une déclaration de donation entre-vifs ou un testament au profit de Pierre, qui est le fils d'un médecin.

Et puis, ensuite, ce médecin, le père du donataire ou du légataire, traite le donateur ou le testateur Paul, durant la maladie, dont il meurt.

On demande :

1° Si Pierre pourra accepter la donation entre-vifs durant la maladie de Paul?

2° S'il pourra recueillir le legs après sa mort?

Nous répondons affirmativement :

Pierre lui-même, en effet, n'est pas incapable personnellement de recevoir de Paul.

Il n'en serait empêché que par l'article 911, qui le réputerait personne interposée au profit de son père, médecin du disposant;

Or, d'une part, en droit, il ne saurait y avoir de présomption d'interposition de personne au profit d'un incapable, là où il n'y avait pas d'incapable; et, d'autre part, en fait, au moment où a eu lieu la déclaration de donation et le testament, le père de Pierre n'ayant pas encore commencé à traiter Paul, n'était pas incapable;

Donc, à ce moment, Pierre ne pouvait être considéré comme une personne interposée (comp. Cass., 10 nov. 1836, Miron, Dev., 1837, I, 428).

Objectera-t-on que son père est devenu ensuite incapable ?

Oui, quant aux dispositions qui auraient été faites à son profit par Paul pendant le cours de la maladie, dont il l'a traité ;

Non, quant aux dispositions qui auraient été faites antérieurement à cette maladie.

Or, si la disposition dont il s'agit, avait pu être faite directement par Paul au profit de son médecin, il est évident qu'elle a pu être faite au profit du fils de ce médecin, qui ne saurait être, en cas pareil, considéré comme une personne interposée (comp. Rouen, 25 janv. 1808, Sappa, Sirey, 1812, II, 278; Pothier, *sur l'article* CCCXVI *du titre* XVI *de la Cout. d'Orléans*, note 7; Troplong, t. II, nos 709, 710, 714; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 448).

670. — On a remarqué que les père et mère, les enfants et l'époux de la personne présumée interposée, ne sont point frappés, à son égard, de la même présomption d'interposition (comp. Coin-Delisle, art. 911, n° 19).

Cela est d'évidence !

L'article 911 ne répute personnes interposées que les père et mère, les enfants et descendants et l'époux *de la personne incapable*.

Or, la personne présumée interposée n'est pas elle-même incapable (*supra*, 664).

Il est vrai que Ricard a écrit que « les personnes proches de l'incapable, qui sont comprises dans la prohibition, ont ainsi une *incapacité personnelle*, qui résulte de leur proximité. » (Part. I, chap. III, sect. XVI, n° 742).

Mais cette formule ne nous paraît nullement exacte; et elle serait aujourd'hui tout à fait contraire à l'article 902.

Qui ne voit d'ailleurs qu'avec une telle doctrine, on se trouverait engagé, comme par une sorte d'engrenage, dans une série d'incapacités sans limites!

Aussi concluons-nous que la disposition faite au profit des père ou mère, des enfants ou de l'époux de la personne réputée interposée, n'est pas atteinte par l'article 911; et cela, lors même qu'il pourrait paraître vraisemblable que le disposant n'a fait cette disposition que par affection pour la personne réputée interposée, et qu'il ne l'a faite à l'un de ses proches que parce qu'il ne pouvait pas la faire directement à elle-même; s'il n'est pas prouvé que c'est à elle que la libéralité a été faite, l'article 911 ne sera pas applicable.

671. — La présomption d'interposition de personnes, qui est écrite dans cet article, ne saurait être combattue par la preuve contraire.

On peut bien soutenir que cette présomption elle-même n'est pas applicable à telle ou telle hypothèse, qui ne rentrerait pas dans les termes de l'article 911.

Mais une fois qu'il est reconnu que l'article 911 est applicable, la présomption qui en résulte, est, comme on dit, *juris et de jure*, irréfragable et absolue.

Tel était généralement l'ancien principe (comp. Ricard, *loc. supra cit.*, n°s 710, 714, 717; Louet et Brodeau, lettre D, somm. 17; Cout. de Paris, art. 276; de Normandie, art. 439).

Et ce principe est aujourd'hui consacré par les articles 1350 et 1352, desquels il résulte que nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes; or, tel est bien le caractère et l'effet de la présomption de la loi dans notre article 911 (comp. Cass., 13 juillet 1813, Rey, Sirey, 1813, I, 361; Paris, 26 avril, 1833, Serre, D., 1834, II, 1; Cass., 10 nov. 1836, Miron, D., 1837, I, 33; Paris, 7 juill. 1855,

Cuperly-Sauvanet, Dev., 1855, II, 627; Paris, 24 nov. 1860, Ribe, Dev., 1861, II, 421; Toullier, t. III, n° 78, et t. X, n° 52; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 78, note *b;* Duranton, t. VIII, n° 268; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 133, note *b;* Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 229; Coin-Delisle, art. 911, n° 14; Marcadé, art. 911; Troplong, t. II, n°s 706-708; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 447; Massé et Vergé, t. III, p. 47; Demante, t. IV, n° 32 *bis*, IV).

672. — Vainement donc, l'incapable renoncerait, par acte authentique, à recueillir, directement ni indirectement, le bénéfice de la disposition, qui aurait été faite à une personne réputée interposée.

Cette renonciation, toujours plus ou moins suspecte, en fait, ne serait, en droit, disait Ricard, d'*aucune considération* (*loc. supra*, n° 741).

673. — Vainement aussi, la personne présumée interposée entreprendrait de démentir la présomption, soit en invoquant l'inimitié capitale et notoire, qui existe entre elle et l'incapable, soit en s'appropriant, d'une manière incommutable, les biens compris dans la disposition.

Tous les expédients de ce genre, *outre qu'ils ne lèveraient pas le soupçon d'une paction secrète* (Ricard, *loc. supra*), seraient impuissants contre le texte absolu de l'article 911.

C'est ainsi que la mère d'un enfant naturel, qui aurait reçu une libéralité du père de cet enfant, ne pourrait pas échapper à l'application de cet article, en rendant l'objet de la libéralité inaliénable dans ses mains, par une constitution dotale qu'elle en ferait dans son contrat de mariage avec un autre que le père de son enfant naturel (comp. Grenoble, 13 juillet 1813, Huguès, D., 1805, II, 305; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 133, note *c;* Troplong, t. II, n° 708).

674. — Quant au disposant lui-même, il est clair qu'il ne pourrait non plus, par aucune déclaration, ni par une combinaison quelconque, soustraire à l'application de l'article 911 la disposition qu'il ferait à une personne réputée interposée.

Le soin, par exemple, qu'il aurait pris de substituer un tiers à la personne présumée interposée pour le cas où celle-ci ne pourrait pas ou ne voudrait pas recueillir la disposition, pourrait bien annoncer qu'il a voulu faire croire que son intention n'était pas de gratifier indirectement l'incapable.

Mais on ne l'en croirait pas ! (comp. Ricard, *loc. supra,* n° 742; Coin-Delisle, art. 911, n° 16).

675. — Que faudrait-il décider pourtant, si la disposition qui aurait été faite au profit de la personne présumée interposée, ne consistait que dans un droit d'usufruit ou de rente viagère ?

On pourrait soutenir alors que le caractère même de la libéralité atteste que le disposant n'a eu en vue que la personne elle-même, qu'il gratifiait nommément, puisqu'il lui a fait une libéralité, en effet, toute personnelle et qui ne saurait être transmise à l'incapable (comp. Vazeille, art. 911, n° 5; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 133, note *b*).

Cette doctrine est-elle bien exacte ?

Nous avons constaté nous-même, sans doute, que l'article 911 n'est pas applicable dans le cas où une impossibilité absolue s'oppose à ce que l'incapable profite de la disposition qui a été faite à une personne réputée interposée (*supra*, n° 663),

Mais est-ce que cette impossibilité existe ici, surtout dans le cas où le droit d'usufruit ou de rente viagère n'a pas été déclaré incessible ?

Et, dans le cas même où il aurait été déclaré incessible, ne peut-on pas imaginer bien des moyens in-

directs et occultes, à l'aide desquels le bénéfice de ce prétendu droit personnel serait transmis, effectivement, par la personne interposée à l'incapable?

676. — Mais pourtant, a-t-on dit, est-ce qu'il faudrait appliquer l'article 911, si c'était seulement une pension alimentaire, que le disposant eût donnée ou léguée à la personne réputée interposée?

Ou bien encore, s'il ne lui avait fait qu'une simple libéralité rémunératoire?

Ces hypothèses semblent assurément favorables; d'autant plus qu'il peut certes très-bien arriver que ces sortes de libéralités, alimentaire ou rémunératoire, aient été déterminées, en effet, par des motifs tout à fait particuliers et relatifs à la personne réputée interposée (comp. Amiens, 16 floréal an XII, Fayart, Sirey, 1813, II, 336; Paris, 6 mai 1854, P..., Dev., 1854, II, 537; Delvincourt, t. II, p. 419; Vazeille, art. 911, n° 5; Taulier, t. IV, p. 38; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 133, note *b;* Saintespès-Lescot, t. I, n° 271; Bressolles, *Revue crit. de législat.*, 1860, t. XVI, p. 9, 10; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 47; D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et testam.*, n° 443).

Et néanmoins, nous ne voudrions pas non plus proposer, aussi absolument du moins, cette doctrine.

Que l'article 911 ne doive pas être appliqué dans le cas, où la disposition qui aurait été faite au profit de la personne réputée interposée, ne constituerait pas une libéralité, mais une sorte de payement, nous le comprenons; et c'est ce qui arriverait : 1° dans le cas d'une disposition faite à titre de réparation et de dommages-intérêts par le père d'un enfant naturel au profit de la mère, qu'il aurait séduite; 2° dans le cas où la disposition rémunératoire s'appliquerait à des services appréciables, à prix d'argent. Nous comprenons, dans

ces deux cas, que si, en effet, la disposition, par son caractère et par sa modicité relative, est en rapport avec la cause, qui lui est attribuée sérieusement, elle ne soit pas soumise à l'article 911, qui ne s'applique qu'aux dispositions à titre gratuit.

Mais, en dehors de ces hypothèses, est-ce que nous ne rentrons par nécessairement sous l'empire de la présomption légale de l'article 911, qui s'applique à *toute disposition ?*

La question tout entière est ici :

Cette disposition, quelle qu'elle soit, alimentaire, rémunératoire ou autre, aurait-elle pu être faite directement au profit de l'incapable ?

Si la réponse est négative, nous ne croyons pas qu'elle ait pu être faite au profit de la personne réputée interposée.

Car la personne réputée interposée, c'est, aux yeux de la loi, l'incapable lui-même !

Il se peut que cette présomption légale de l'article 911 paraisse très-dure dans certaines de ses applications; d'où il est arrivé même que des jurisconsultes se sont pris à regretter que le législateur n'eût pas réservé la preuve contraire, précisément pour les cas où il apparaîtrait, en fait, que le disposant a voulu donner au parent de l'incapable et non à celui-ci (comp. Duranton, t. VIII, n° 268).

Mais chacun sait que les présomptions légales ne procurent à la société et aux familles l'utilité générale, que le législateur en attend, qu'au prix presque toujours de certains froissements particuliers; c'est même à ce propos que Ricard écrivait : « qu'il ne faut pas se plaindre de cette rigueur, parce qu'il est raisonnable que l'intérêt particulier cède au repos public. » (*Loc. supra, cit.*, n° 742.)

Il est facile d'apercevoir, d'ailleurs, les graves abus,

auxquels cette doctrine pourrait donner lieu. Serait-il donc bien prudent de laisser au tuteur, au médecin et aux autres, la liberté de faire pourvoir leurs proches de droits d'usufruit, ou de rentes viagères, ou même de prétendues libéralités alimentaires et rémunératoires, par les mineurs, qu'ils gouvernent, ou par les malades qu'ils traitent !

676 *bis.* — Notre article 911 déclare nulle la disposition faite au profit d'un incapable, soit sous la forme d'un contrat onéreux, soit sous le nom de personnes interposées.

Et, dans le cas d'interposition de personnes, cette nullité existe :

Non-seulement à l'égard de l'incapable, qui ne saurait, bien entendu, profiter de la disposition ;

Mais encore à l'égard de la personne interposée, qui n'en a pas été elle-même l'objet.

Il en est ainsi, soit que la preuve de l'interposition résulte d'une présomption légale, soit qu'elle ait été établie, en fait, de toute autre manière (comp. Poitiers, 20 juin 1839, Savignat, D., *Rec., alph., h. v.*, n° 466).

677. — Seulement, dans ce dernier cas, il est clair que la preuve de l'interposition, pour être opposable à toutes les parties, devra avoir été faite contradictoirement avec elles (comp. Furgole, chap. VI, sect. III, n°s 258-261 ; Coin-Delisle, art. 911, n° 22; Demante, t. IV, n° 32 *bis*, II).

678. — La preuve faite de l'interposition est exclusive de la bonne foi dans la personne interposée.

D'où il suit que cette personne est tenue de restituer au demandeur en nullité, outre les biens eux-mêmes, qui ont fait l'objet de la disposition, les fruits et intérêts de ces biens, non pas seulement à compter de la demande en justice, mais à compter du jour où elle en a été mise en jouissance (arg. des articles 549, 550;

comp. L. 18, ff. *De his quæ ut indign. aufer.*; Furgole, *loc. supra cit.*, n° 275; Vazeille, art. 911, n° 15; Coin-Delisle, art. 911, n° 23; Saintespès-Lescot, t. I, n° 190; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 133, note *d*).

N'en pourrait-il pas être autrement, toutefois, dans le cas où la preuve de l'interposition ne résulterait que d'une présomption légale, si, en fait, la bonne foi de la personne présumée interposée était reconnue? (*voy.* à cet égard, notre *Traité de la Distinction des biens, de la Propriété,* etc., t. I, n° 609).

679. — Nous venons de dire (*supra*, n° 676), que toute disposition au profit d'un incapable sous la forme d'un contrat onéreux ou par personnes interposées, est nulle.

Et il n'est pas douteux, en effet, qu'elle est nulle pour le tout, dans le cas où l'incapacité de recevoir est, s'il est permis de dire ainsi, *totale*.

Mais que faut-il décider pour le cas, au contraire, où il ne s'agit que d'une incapacité *partielle?*

La disposition alors doit-elle être déclarée nulle entièrement?

Ou est-elle seulement réductible jusqu'à concurrence de la portion, que la personne gratifiée était capable de recevoir?

Voilà, par exemple, un père ou une mère qui ont fait à leur enfant naturel, sous la forme d'un contrat onéreux ou par personne interposée, une libéralité qui se trouve, à l'époque de leur décès, dépasser la portion que cet enfant pouvait recueillir dans leur succession.

Faut-il annuler, pour le tout, cette libéralité?

Faut-il seulement la réduire?

C'est là une thèse délicate et controversée, une thèse très-vaste surtout, qui, en se généralisant, s'étendrait à bien d'autres sujets encore que le nôtre, et qui met-

trait en scène d'autres questions aussi fort débattues, et notamment celles qui se rattachent à la validité des donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux ou par personnes interposées, et aux conséquences diverses de cette double simulation.

Ce n'est pas ici le lieu d'aborder cet ordre de difficultés, qui nous entraînerait bien loin en dehors de notre sujet; nous le réservons donc; et nous supposerons que la forme sous laquelle une disposition à titre gratuit aurait été faite, ne s'opposerait pas à ce qu'elle fût seulement réductible et à ce qu'elle pût être, en conséquence, maintenue pour ce qui n'excéderait pas la portion de biens, que le bénéficiaire était capable de recevoir.

Eh bien ! donc, dans ces termes-là, nous demandons si la disposition, qui est excessive, doit être annulée pour le tout, ou seulement réduite ?

Pour soutenir que la disposition est tout à fait nulle, on a employé surtout deux arguments :

1° Le texte même de l'article 911 est, a-t-on dit, explicite :

Toute disposition au profit d'un incapable, sera nulle..., etc.

Et en rapprochant cet article 911 de l'article 1099, on a fait remarquer l'identité des deux formules.

Or, a-t-on ajouté, c'est un point de doctrine et de jurisprudence à peu près certain aujourd'hui, que les libéralités faites entre époux sous la forme d'un contrat onéreux, ou par personnes interposées, sont nulles pour le tout (comp. Cass., 30 nov. 1831, Lépingleux, D., 1831, II, 371; Cass., 29 mai 1838, d'Hautepoul, Dev., 1838, I, 481; Limoges, 6 juill. 1842, Gravellot, Dev., 1843, II, 27; Caen, 6 janv. 1845, l'Administ. des domaines, Dev., 1845, II, 393; Caen, 30 avril 1843, Marguerite, Dev., 1845, II, 699;

Cass., 6 févr. 1849, de Ville-d'Avray, Dev., 1849, I, 165; Cass., 2 mai 1855, Derbellut, Dev., 1856, I, 177; Toullier, t. V, n° 901; Troplong, t. IV, n°s 2742 et 2743).

D'où l'on a conclu que la même nullité totale était également prononcée par l'article 911.

2° C'est que, en effet, dans les deux cas, la théorie du législateur est la même; il distingue les avantages indirects d'avec les avantages simulés; et, tandis qu'il déclare les premiers réductibles seulement (art. 1099, 1er alinéa, 1496, 1527, 1595), il déclare, au contraire, les autres nuls pour le tout.

Et cette différence est juste et morale, la nullité pour le tout, dans le second cas, étant la juste peine de la fraude que le disposant a voulu faire à la loi, et l'indemnité, pour les héritiers, de la difficulté où ils ont été mis de prouver cette fraude, et du danger de n'y pouvoir parvenir.

Or, ces motifs s'appliquent au cas prévu par l'article 911 aussi bien qu'à celui de l'article 1099; et la solution, par conséquent, doit être la même dans les deux cas (comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 445 et 624; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 136, note *d*).

Nous n'admettons pas cette doctrine;

1° Et d'abord, ce qui nous paraît certain, c'est que la libéralité faite à un enfant naturel par son père ou par sa mère sous la forme d'un contrat onéreux ou par personnes interposées, serait valable, dans le cas où elle n'excéderait pas la portion de biens que l'enfant naturel pouvait recevoir dans leur succession.

Il est vrai que, parmi les partisans de la doctrine que nous venons d'exposer, beaucoup enseignent que toute libéralité, qui a été faite entre époux sous la forme d'un contrat onéreux ou par personnes interposées, est

toujours entièrement nulle par l'effet de cette simulation, lors même qu'elle n'excéderait pas la quotité dont l'époux disposant pouvait disposer au profit de l'époux gratifié.

Nous apprécierons plus tard cette doctrine.

Mais quant à présent et en ce qui concerne l'application de l'article 911, nous déclarons qu'elle est, à notre avis, de tous points inadmissible.

L'article 911 ne s'applique, en effet, qu'aux dispositions faites au profit d'un *incapable*; or, dans la limite de la portion qu'il peut recevoir de ses père et mère, l'enfant naturel n'est pas incapable; donc, l'article 911 ne lui est point applicable.

2° Mais nous allons plus loin; et nous soutenons que dans le cas même où la libéralité excède la portion que l'enfant naturel pouvait recevoir, elle n'est pas nulle pour le tout, et qu'elle est seulement réductible.

Est-ce que, en effet, cette seconde solution n'est pas la conséquence de la première? L'enfant naturel n'est incapable qu'au delà de la limite de la quotité qu'il peut recevoir; et de la même manière que la libéralité déguisée, qui n'excède pas cette limite, est valable pour le tout, de même la libéralité qui l'excède, ne doit être nulle que jusqu'à concurrence de l'excédant; car, pour le reste, l'enfant naturel n'est pas *incapable*, et par conséquent la disposition ne doit pas être *nulle*.

C'est sur le texte même de l'article 911 que ces déductions nous paraissent fondées.

Quel est le but principal de cet article?

C'est de déclarer que *toute disposition au profit d'un incapable sera nulle*.

Et il n'est pas douteux que, dans la pensée du rédacteur, cette formule ne comprenne, en effet, toutes les dispositions, et tout d'abord, bien entendu, celles qui seraient faites ostensiblement!

Il est vrai qu'il ajoute ensuite ces mots :

« Soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. »

Et on comprend que cette manière d'avantager un incapable ait été spécialement prévue, parce qu'elle sera toujours la plus fréquente.

Mais l'article tout entier n'en comprend pas moins, dans sa formule elliptique, *toute disposition au profit d'un incapable;* et en exprimant littéralement la pensée sous-entendue des rédacteurs, on arrive à cette conclusion qu'il doit être ainsi entendu :

Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, non-seulement lorsqu'elle aura été faite ouvertement au profit de l'incapable, mais encore soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées.

Et, sous ce rapport, il y a une différence réelle de rédaction entre notre article 911 et l'article 1099.

Cette différence d'ailleurs n'est pas la seule qui pourrait être signalée entre l'hypothèse de l'article 911 et celle de l'article 1099; l'hypothèse de l'article 1099 se complique de difficultés spéciales, que nous examinerons plus loin ; et c'est ainsi que la Cour de cassation a déclaré « que si la distinction établie par cet article ne se retrouve plus, lorsqu'il s'agit de donations autres que celles que les époux se font l'un à l'autre, il en résulte seulement que, pour ce genre particulier de donations, la loi a cru devoir établir une règle plus sévère. » (Arrêt du 25 mai 1838, cité *supra.*)

3° Quant à la distinction sur laquelle se fonde la doctrine, que nous combattons, entre les libéralités indirectes et les libéralités déguisées, il s'en faut bien qu'elle lui fournisse un argument décisif! (Comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, n°s 252, 253.)

D'après cette doctrine, en effet, le déguisement de la libéralité sous la forme d'un contrat onéreux ou l'interposition de personnes ferait toujours présumer la fraude de la part du disposant!

Or, rien ne nous paraît moins exact ni moins équitable que cette prétendue présomption.

Est-ce qu'en effet des considérations très-sérieuses, et quelquefois même très-respectables, de pudeur, de ménagements pour la famille, n'auront pas pu déterminer le choix de cette forme de la part du père, et surtout de la part de la mère, envers son enfant naturel?

Et quand on se met de suite à dénoncer la fraude dans une telle libéralité, parce qu'elle excéderait la portion que l'enfant peut recueillir, n'oublie-t-on pas que cette portion ne peut être connue qu'au décès des père et mère, puisqu'elle dépend de la qualité des héritiers qu'ils laissent et de la valeur de leurs biens, et que ces deux éléments peuvent subir des changements plus ou moins imprévus et considérables dans l'intervalle de la confection de la libéralité au décès du père ou de la mère disposant!

Une doctrine qui, dans de telles situations, déclare la libéralité nulle pour le tout, n'est donc pas seulement, suivant nous, contraire aux textes et aux principes; elle est encore d'une dureté extrême et d'une inhumanité manifeste!

4° Mais non! a-t-on dit; ces dures conséquences ne seront jamais à craindre : « elles ne pourraient surgir que pour les enfants naturels ou adultérins; or, les enfants naturels reprendraient, à titre héréditaire, ce qu'on leur enlèverait par l'action en nullité de plus que par l'action en réduction; et, malgré cette même qualité, les enfants adultérins auraient toujours droit à des aliments. » (Bayle-Mouillard, *loc. supra cit.*)

Nous convenons que la question, en effet, n'offrira pas souvent, par cette raison, beaucoup d'intérêt. Mais il pourrait arriver, certes, et plus d'une fois, qu'elle se présentât dans toute sa gravité; comme si, par exemple, une libéralité avait été faite à l'enfant naturel par son père ou par sa mère sous la forme d'un contrat onéreux ou par personne interposée, précisément afin de l'écarter de leur succession, et que l'enfant, après leur mort, y eût, en effet, renoncé (*voy.* art. 761; et notre *Traité des Successions*, t. II, nos 104 et 105).

En vérité, serait-il possible de tolérer que les héritiers obtinssent, en cas pareil, la nullité pour le tout de cette libéralité? (comp. Cass., 26 juill. 1814, Paul, Sirey, 1815, I, 42; Cass., 31 juill. 1816, Benafort, Sirey, 1816, I, 383; Duranton, t. VIII, n° 278 et t. IX, n° 831; Coin-Delisle, art. 911, n° 24 et art. 1099, n° 19; Marcadé, t. III, art. 911 et t. IV, art. 1099, n° 11; Saintespès-Lescot, t. I, n° 293; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 47; *D.*, *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et testam.*, n° 482; *voy.* aussi Bourges, 9 mars 1836, Poupa, Dev., 1836, II, 344; Paris, 21 juin 1837, de la Vauverte, Dev., 1837, II, 322).

680. — Un dernier point nous reste à examiner sur cette partie de notre sujet, à savoir :

Par qui peut être exercée l'action en nullité ou en réduction, suivant les cas, d'une disposition faite par une personne incapable de disposer, ou à une personne incapable de recevoir, soit ostensiblement, soit sous la forme d'un contrat onéreux, ou sous le nom de personnes interposées.

La règle, à cet égard, nous paraît être que cette action appartient à tous ceux qui ont un intérêt juridique à l'exercer.

Ceux-là peuvent être :

A. Soit le disposant lui-même, et de son vivant, ses créanciers et ayants cause ;

B. Soit, après lui, ses héritiers ou ses légataires universels ou à titre universel, et leurs créanciers ou ayants cause.

681. — A. Quand nous disons que le disposant lui-même peut, dans certains cas, exercer l'action en nullité, il est clair que nous ne parlons pas du testateur, puisque la disposition n'a d'effet qu'après sa mort.

Cette observation s'applique même au donateur, dans le cas prévu par l'article 909, puisque l'incapacité du médecin et du ministre du culte de recevoir une donation entre-vifs de son malade ou de son pénitent, est de telle nature qu'elle ne peut être constatée aussi qu'après la mort du donateur.

682. — Mais, au contraire, dans les autres cas, aucun obstacle de ce genre ne s'oppose à ce que le donateur lui-même demande la nullité de la disposition qu'il aurait faite; et nous croyons, en effet, que cette nullité peut être demandée par lui :

1° Lorsque l'incapacité de recevoir est fondée sur des considérations d'intérêt général et d'ordre public, comme s'il s'agit d'une donation entre-vifs faite à une communauté religieuse, qui n'aurait pas été autorisée (*supra*, n° 586);

2° Lorsque l'incapacité a pour cause une présomption légale d'abus d'influence et de vice de volonté; comme s'il s'agit d'une donation entre-vifs faite par un mineur devenu majeur à son tuteur, avant que le compte définitif de la tutelle ait été préalablement rendu et apuré (art. 907; comp. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 136, note *d*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 449; Massé et Vergé, t. III, p. 47, 48).

683. — Et cette action d'ailleurs ne paraissant, ni dans le premier, ni même dans le second cas, devoir

être considérée comme exclusivement attachée à la personne du donateur, puisqu'elle dérive du texte absolu de la loi, dont elle se borne à demander l'application, il faut ajouter qu'elle peut être aussi exercée par les créanciers et par les ayants cause du donateur, en son lieu et place (art. 1166).

684. — Mais le donateur lui-même (ou ses créanciers et ayants cause) pourrait-il exercer l'action en réduction contre une libéralité excessive qu'il aurait faite à son enfant naturel, ou à son enfant adultérin ou incestueux?

Nous avons déjà dit que nous ne le pensons pas (*supra*, n° 555).

Ce n'est pas seulement par le motif que ce serait l'admettre à se faire un moyen de sa honte, et que la morale y répugnerait, comme dit M. Bayle-Mouillard (*loc. supra*), surtout si la reconnaissance de l'enfant n'avait été faite que pour favoriser l'action. Ce motif-là ne serait pas, en effet, décisif, s'il était vrai qu'il s'agit ici d'une incapacité absolue et d'ordre public (comp. Cass., 11 août 1845, Planchenaud, Dev., 1845, I, 641; Cass., 5 janv. 1846, Lecoq, Dev., 1846, I, 116; *voy.* aussi Duvergier, *Revue étrangère et française*, 1840, t. III, p. 568 et suiv.).

Ce qui nous détermine, c'est que l'incapacité des enfants naturels de recevoir de leur père et mère au delà de ce qui leur est accordé au titre *des Successions*, est, par cela même, de nature à ne pouvoir être constatée exactement qu'après la mort des père et mère, et qu'elle a, sous ce point de vue, le caractère d'une règle de disponibilité réelle plutôt que d'incapacité personnelle (*supra*, n° 555).

Nous convenons que cet argument paraît moins fort, lorsqu'il s'agit d'un enfant incestueux ou adultérin; et nous avons nous-même assigné un caractère plus

absolu à l'incapacité qui le frappe (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. II, n° 132).

Et pourtant, il nous paraîtrait difficile d'accorder, même contre lui, l'action en nullité au père ou à la mère donateur; ne résulte-t-il pas, en effet, du rapprochement de l'article 908 avec les articles 762-764, que le règlement de leurs droits à l'encontre de leur auteur, est ajourné à l'époque de l'ouverture de la succession de celui-ci; comme la même preuve résulte, en ce qui concerne les enfants naturels, du rapprochement de l'article 908 avec les articles 756 et 761? (Comp. *supra* n° 556; Demante, t. IV, n° 26 *bis*, II; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 136, note *d;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 449.)

685. — B. Après la mort du disposant, l'action en nullité ou en réduction, suivant les cas, appartient à ses héritiers ou à ses légataires universels ou à titre universel, ou à leurs créanciers et ayants cause.

Après la mort, disons-nous, du disposant; car il faut évidemment que ses parents ou autres, auxquels la disposition pourrait être préjudiciable, aient un intérêt né et ouvert, afin d'en demander la nullité ou la réduction (comp. Cass., 2 mai 1855, Debellut, Dev., 1856, I, 178.)

686. — Cette action d'ailleurs appartient à tous les héritiers, sans distinction, de la ligne collatérale et de la ligne directe.

Et cela, non-seulement lorsqu'il s'agit d'une action en nullité, qui a pour cause une incapacité de recevoir fondée soit sur des considérations d'ordre public, soit sur une présomption légale d'abus d'influence (*supra*, n° 682);

Mais encore lorsqu'il s'agit d'une action en réduction, qui a pour cause une incapacité de recevoir seulement au delà d'une certaine portion (comp. art. 756, 758, 908; et *supra*, n° 555).

687. — Quant aux légataires universels ou à titre universel du disposant, il ne paraît pas douteux qu'ils peuvent aussi demander la nullité des dispositions que celui-ci aurait faites à des personnes incapables de recevoir, lorsque cette incapacité est fondée soit sur des considérations d'ordre public, soit sur une présomption légale d'abus d'influence (comp. *supra*, n° 682).

Le légataire universel ou à titre universel, pouvant légalement profiter de la nullité de ces dispositions (art. 1003, 1010), a légalement dès lors intérêt et qualité pour la proposer; car il est *loco hæredis* (comp. Cass., 24 mai 1837, Albe, Dev., 1837, I, 817; Cass., 3 mars 1857, de Sauvan, Dev., 1857, I, 182; Cass., 7 avril 1863, Vizerie, D., 1863, I, 231; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 450).

688. — Mais le légataire universel ou à titre universel peut-il également exercer l'action en réduction contre une libéralité excessive qui aurait été faite par le testateur à son enfant naturel?

Ou, au contraire, cette action en réduction n'appartient-elle qu'aux héritiers ab intestat du disposant et à leurs créanciers ou ayants cause?

Il y a une hypothèse, dans laquelle la solution n'offrirait pas de difficulté; c'est celle où le prétendu légataire universel ne serait pas sérieux, et n'aurait été institué que comme un simple fiduciaire ou exécuteur testamentaire, afin d'enlever aux héritiers le droit de demander la réduction.

Nous avons déjà dit que les héritiers, en démasquant cette fraude, auraient le droit d'exercer l'action en réduction (*supra*, n° 644; comp. Cass., 3 juin 1861, Moreau, D., 1861, I, 218).

689. — Mais supposons un legs universel sérieux et valable.

C'est un homme, par exemple, qui n'ayant pour héritier présomptif ab intestat qu'un frère, avec lequel il est dans un état d'inimitié notoire, a institué un ami son légataire universel, par un testament notarié.

Et ce testament est antérieur non-seulement à la reconnaissance, qu'il a faite ensuite d'un enfant naturel, mais encore à la naissance ou même à la conception de cet enfant.

Voilà certes un legs universel sincère et sérieux; et il ne serait pas nécessaire de supposer un tel concours de circonstances pour en trouver d'autres exemples.

Eh bien! donc, auquel des deux, du frère du défunt ou du légataire universel, appartient l'action en réduction d'une libéralité excessive, que le père aurait faite à son enfant naturel?

Cette question est difficile.

Est-ce que, en effet, on ne pourrait pas soutenir d'abord qu'elle n'appartient ni à l'un ni à l'autre?

Point au frère, qui aurait bien qualité, mais qui n'a pas d'intérêt, puisqu'il est exclu par le légataire universel;

Point au légataire universel, qui aurait bien intérêt, mais qui n'a pas qualité, puisque cette action en réduction n'a été introduite que dans l'intérêt du frère.

Mais quelle serait la conséquence de ceci?

C'est que, malgré la prohibition formelle de la loi, l'enfant naturel recueillerait au delà de ce qu'il peut recueillir; et que l'incapacité, dont il est frappé, serait alors dépourvue de toute sanction!

Or, un tel résultat est inadmissible.

Mais à qui donc attribuer l'action en réduction?

Au frère, a-t-on dit, à l'héritier ab intestat; car c'est dans l'intérêt purement relatif des parents légitimes que l'incapacité de l'enfant naturel a été introduite; et elle constitue, à leur profit, une sorte de réserve;

donc, aux termes de l'article 921, ils sont seuls fondés à s'en prévaloir (comp. Paris, 16 juin 1838, Cazin, D., 1838, II, 187; Loiseau, *des Enfants naturels*, p. 674; Levasseur, *de la Portion disponible*, n° 62; Saintespès-Lescot, t. I, n° 237; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 449).

Mais cela est-il possible?

1° Aux termes de l'article 1003, le legs universel comprend l'universalité des biens, que le testateur laisse à son décès, lorsqu'il n'a pas d'héritier à réserve;

Or, le testateur, dans notre hypothèse, n'a pas d'héritier à réserve;

Donc, le légataire universel a droit à l'universalité des biens sans exception.

2° Mais, répond-on, le frère, vis-à-vis de l'enfant naturel, a une réserve!

Non pas précisément! ce n'est pas là une réserve véritable à laquelle il faille appliquer, de tous points, les principes de la réserve. La réserve proprement dite est établie dans l'intérêt direct des réservataires eux-mêmes; or, ce n'est pas ici l'intérêt direct du frère lui-même qui a fait limiter la part de l'enfant naturel; c'est la défaveur personnelle de cet enfant; il est vrai que son incapacité est fondée sur des considérations relatives à l'honneur du mariage et aux liens de la parenté légitime; mais finalement, c'est une incapacité, que la loi prononce!

Le frère donc n'a pas de réserve; et lorsqu'il se trouve en présence d'un légataire universel, il ne peut prétendre à aucune portion de la succession!

3° Que résulte-t-il de ces principes? que le légataire universel, en effet, avec la généralité compréhensive de son titre, a seul le droit d'exercer les actions en nullité et en réduction des dispositions particulières, parce que ces actions elles-mêmes font partie de l'uni-

versalité qui lui a été léguée (comp. *supra*, n°s 191 et suiv.; n° 554 *ter;* notre *Traité des Successions*, t. II, n° 55; Nancy, 25 août 1831, Cellier, D., 1832, II, 4; Paris, 9 juin 1834, Sayssel, D., 1834, II, 240; Cass., 14 mars 1837, Delaunay, D., 1837, I, 277; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 47, 48; Ancelot sur Grenier, t. IV, n° 667, note *a*; Troplong, t. II, n° 634).

690. — La solution, qui précède, devrait être admise à plus forte raison encore, s'il s'agissait d'un enfant adultérin ou incestueux (*voy.* notre Traité précité, n° 132).

691. — Les personnes auxquelles appartient l'action en nullité ou en réduction d'une disposition faite à un incapable, peuvent-elles renoncer, expressément ou tacitement, à cette action?

Nous croyons qu'il faut distinguer :

Oui, s'il s'agit d'une incapacité, qui n'existait que dans les rapports du disposant avec la personne gratifiée, et qui n'existe pas dans les rapports de cette personne avec ceux auxquels l'action en nullité ou en réduction appartient; c'est ainsi que nous avons dit que les parents légitimes peuvent renoncer à leur action en réduction contre une libéralité excessive que le père ou la mère naturels auraient faite à leur enfant (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. II, n° 83);

Non, s'il s'agit d'une incapacité d'ordre public, et telle qu'elle existe entre ceux auxquels l'action en nullité appartient et la personne gratifiée, comme elle existait entre cette personne et le disposant lui-même (comp. Cass., 24 juillet 1854, Oberty, Dev., 1855, I, 95; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 450).

SECTION II.

A QUELLE ÉPOQUE FAUT-IL S'ATTACHER POUR APPRÉCIER LA CAPACITÉ DE DISPOSER ET DE RECEVOIR ?

SOMMAIRE.

692. — Exposition.
693. — Il importe, avant tout, de distinguer entre la donation entre-vifs et le testament.
694. — A. De la donation entre-vifs. — A quelle époque est requise la capacité de disposer dans la personne du donateur, et la capacité de recevoir dans la personne du donataire? — Distinction.
695. — I. Du cas où la déclaration du donateur de vouloir donner et l'acceptation du donataire ont lieu simultanément et par un seul et même acte.
696. — Suite. — Il n'y a pas de distinction à faire entre la donation entre-vifs pure et simple et la donation entre-vifs conditionnelle.
697. — Suite.
698. — II. Du cas où la déclaration du donateur et l'acceptation du donataire ont lieu successivement et par des actes séparés. — Trois époques sont alors à considérer.
699. — A l'époque à laquelle le donateur déclare vouloir donner, il faut qu'il soit capable de droit et de fait.
700. — Cette double capacité doit encore exister dans sa personne, à l'époque de l'acceptation du donataire.
701. — Mais faut-il que le donateur conserve cette double capacité de droit et de fait durant l'époque intermédiaire, qui s'écoule entre sa déclaration de donation et l'acceptation du donataire?
702. — Quant au donataire, il faut qu'il soit capable de droit au moment de l'acceptation. — Explication. — Exemples.
703. — Le donataire doit-il aussi être capable, à l'époque de la déclaration de donation?
704. — Suite.
705. — De la capacité du donateur et du donataire à l'époque de la notification de l'acceptation, qui a eu lieu par acte postérieur et séparé. — Renvoi.
706. — B. Du testament. — A quelle époque est requise la capacité soit du testateur, soit du légataire? — Du droit romain sur cette matière.
707. — De notre ancien droit français.
708. — De notre droit actuel. — Division.
709. — I. Relativement au testateur, trois époques sont à considérer.
710. — *a*. A l'époque de la confection du testament, il faut que le testateur soit capable de droit et de fait.

711. — Suite.
712. — *b*. A l'époque de son décès, il faut que le testateur soit capable de droit.
713 — *c*. Durant l'époque intermédiaire entre la confection du testament et la mort, il n'est pas nécessaire que le testateur conserve sans interruption la capacité de fait, ni même la capacité de droit.
714. — Suite. — *Quid*, toutefois, en ce qui concerne le condamné à une peine afflictive perpétuelle, aux termes de l'article 3 de la loi du 31 mai 1854?
715. — II. Reste à examiner à quelle époque est requise la capacité du légataire. — *a*. Faut-il que le légataire soit capable, sinon de fait, au moins de droit, à l'époque de la confection du testament?
716. — *b*. Il n'est pas nécessaire que le légataire soit capable durant l'époque intermédiaire entre la confection du testament et le décès du testateur.
717. — *c*. Il faut que le légataire soit capable de droit, à l'époque du décès du testateur.
718. — *Quid*, si le legs est conditionnel?
719. — Suite.
720. — Résumé. — Conclusion.
721. — La théorie qui précède, sera généralement d'une application facile, en ce qui concerne les incapacités absolues soit de disposer soit de recevoir.
722. — Mais, au contraire, cette théorie peut rencontrer des difficultés dans son application aux incapacités relatives. — De l'incapacité relative des enfants naturels.
723. — Suite. — Règle générale.
724. — Des incapacités relatives décrétées par les articles 907 et 908. — Exposition.
725. — Suite.
726. — Suite.
727. — Suite. — Conclusion.

692. — « Ce n'est pas assez, disait Ricard, d'avoir connu quelles personnes sont capables ou incapables de donner ou de recevoir; il faut encore examiner, pour avoir une entière notion de cette matière, à quel temps il faut avoir égard pour établir les incapacités. » (Part. I, chap. III, sect. XVIII, n° 790.)

C'est là, en effet, une thèse fort importante, qui gouverne ce sujet tout entier, et qui en forme le complément indispensable.

Pourtant, les rédacteurs de notre Code ne s'en sont point occupés spécialement; et il serait difficile de reconnaître une théorie complète dans le petit nombre de dispositions qui s'y rattachent.

Cette théorie d'ailleurs n'est pas impossible à établir à l'aide : soit des traditions anciennes, soit des principes particuliers de la donation entre-vifs et du testament, soit enfin de certains articles, où le législateur en a posé lui-même les bases.

Tels sont, en effet, les trois éléments sur lesquels il faut l'édifier et qui doivent servir à résoudre les questions que cette matière soulève.

693. — Il importe, avant tout, de distinguer entre la donation entre-vifs et le testament.

Il est clair que la capacité de disposer et de recevoir ne saurait être appréciée aux mêmes époques dans ces deux modes si différents de disposition.

Nous nous occuperons donc successivement de l'un et de l'autre.

694. — A. Et d'abord, dans la donation entre-vifs, à quelle époque est requise la capacité de disposer dans la personne du donateur, et la capacité de recevoir dans la personne du donataire?

Une distinction doit encore ici être faite :

Ou la déclaration du donateur de vouloir donner et l'acceptation du donataire ont lieu simultanément et par un seul et même acte;

Ou elles ont lieu successivement et par des actes séparés.

695. — I. Dans le premier cas, nous pouvons dire encore, comme Ricard (*loc. supra*), que *la question est fort facile à résoudre.*

La donation entre-vifs recevant alors son entière perfection dans un seul moment, il faut et il suffit que le donateur et le donataire soient capables à ce

moment même et à ce moment seul (comp., Ricard, *loc. supra;* Pothier, *des Donations entre-vifs*, sect. I, art. 11, § 9).

Le donateur doit avoir la capacité de droit et la capacité de fait : la capacité de droit, c'est-à-dire la jouissance du droit civil de donner entre-vifs ; la capacité de fait, c'est-à-dire la sanité d'esprit (*supra*, n° 329).

Quant au donataire, il suffit qu'il ait la capacité de droit, c'est-à-dire la jouissance du droit civil de recevoir entre-vifs; il n'est pas nécessaire qu'il ait la capacité de fait, c'est-à dire la sanité d'esprit, pour accepter lui-même; car il n'aliène pas! tout au contraire, il acquiert! et l'acceptation peut être valablement faite, en personne, ou par représentant (art. 906, 935 et suiv.).

696. — Cette doctrine est applicable, soit qu'il s'agisse d'une donation entre-vifs pure et simple, soit qu'il s'agisse d'une donation entre-vifs à terme ou sous condition.

Ni la condition, ni à plus forte raison, le terme n'empêchent que la donation se forme actuellement et irrévocablement entre le donateur et le donataire; l'un n'en est pas moins dessaisi, et l'autre n'en est pas moins saisi, actuellement et irrévocablement, du droit, tel quel, qui a fait l'objet de la donation (*supra*, n°s 23, 24). Ce droit, à terme ou conditionnel, serait transmissible aux héritiers du donataire mourant avant l'événement de la condition (art. 1179); et il est clair que le décès du donateur, avant cette époque, ne saurait non plus empêcher la réalisation du droit au profit du donataire; c'est donc que la donation est bien et dûment consommée; et il serait impossible d'en subordonner le sort à la capacité ultérieure de l'une ou de l'autre des parties, quand il est certain qu'elle est désormais indépendante du décès de l'une et de l'au-

tre! (comp., Toullier, t. III, n° 96; Grenier, t. I, n° 138 *bis;* et Bayle-Mouillard, *h. l.;* Coin-Delisle, art. 932, n° 7; Troplong, t. II, n° 440; Demante, *Thémis*, t. VII, p. 371-373; et *Cours analyt.*, t. IV, n° 35; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 451; Massé et Vergé, t. III, p. 24 et 48).

697. — Il n'y a donc, dans ce premier cas, qu'une seule époque à considérer, à savoir : l'époque ou plutôt le moment unique où la donation s'accomplit.

Et on n'a aucun motif de s'enquérir ni d'une incapacité antérieure du donateur ou du donataire, si elle avait cessé à ce moment, ni d'une incapacité ultérieure, si elle n'était survenue que depuis.

Mais si ce moment est seul à considérer, il faut ajouter qu'il est capital et décisif :

« La capacité, dit Pothier, est tellement nécessaire lors de la donation et dans le temps même de la donation, que si j'ai donné à une personne à qui les lois défendaient de donner pour lors, quoique l'empêchement ait cessé, et que depuis que l'empêchement a cessé, j'aie ratifié, elle ne sera pas valable, parce que ce qui est nul ne peut être confirmé par une ratification. » (*Des Donations entre-vifs,* sect. I, art. 11, § 9.)

Si donc, à ce moment-là, le donateur était incapable soit de droit, soit de fait, ou si le donataire était incapable de droit, la prétendue donation serait à considérer comme non avenue (comp. Toullier, t. III, n° 96; Coin-Delisle, art. 932, n° 7).

698. — II. Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque la déclaration du donateur de vouloir donner et l'acceptation du donataire ont lieu successivement et par des actes séparés, il est nécessaire de distinguer trois époques :

a. Celle de la déclaration du donateur;

b. Celle de l'acceptation du donataire;

c. Celle enfin de la notification de cette acceptation, qui doit être faite au donateur.

699. — Que le donateur doive être capable de droit et capable de fait au moment où il déclare vouloir donner, cela est évident.

Il faut qu'il soit capable de droit pour qu'il puisse exercer le droit civil de disposer;

Il faut qu'il soit capable de fait, pour qu'il puisse manifester sa volonté.

700. — Il n'est pas moins certain que cette double capacité doit encore exister dans sa personne, au moment de l'acceptation du donataire.

Car c'est précisément à ce moment même que la donation entre-vifs va se former;

Or, elle ne peut se former qu'autant que le donateur est, à ce moment-là, capable légalement et naturellement de la consentir.

Ce n'est que parce que la déclaration de vouloir donner, qu'il a faite dans un acte antérieur, est présumée durer toujours, tant qu'il ne l'a pas révoquée, ce n'est que par ce motif que le donataire peut l'accepter par un acte postérieur;

Donc, il faut que le donateur ait encore cette double capacité, lorsque le donataire accepte; et l'acceptation serait impossible, si le donateur était, à ce moment-là, devenu incapable de fait par la perte de sa raison, ou incapable de droit par une condamnation, ou encore si la déclaration de donation ayant été faite par une femme majeure, fille ou veuve, cette femme s'était mariée depuis et se trouvait en puissance de mari à l'époque de l'acceptation.

L'article 932, en décidant que l'acceptation pourra être faite *du vivant du donateur*, fournit un argument de texte à cette doctrine, qui repose d'ailleurs sur les principes essentiels de notre sujet (comp. Pothier, *des*

Donations entre-vifs, sect. II, art. 1 ; Toullier, t. III, nos 96 et 213; Duranton, t, VIII, n° 418; Coin-Delisle, art. 932, n° 8; Troplong, t. II, n° 440; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 451 ; Massé et Vergé, t. III, p. 48, 49).

701. — Mais faut-il que le donateur conserve cette double capacité de droit et de fait durant toute l'époque intermédiaire, qui s'écoule entre la déclaration de donation et l'acceptation du donataire ?

La négative est enseignée par Demante :

« Si l'on suppose, dit notre très-regretté maître, que le donateur, devenu incapable depuis la donation, a recouvré ensuite la capacité, je crois que l'acceptation pourra alors utilement intervenir; car il me paraîtrait trop rigoureux d'attribuer à l'incapacité du temps intermédiaire l'effet d'anéantir l'expression antérieure de la volonté; et je ne vois pas pourquoi la volonté legalement exprimée en temps de capacité, ne serait pas censée être encore l'expression de la volonté actuelle de la personne redevenue capable. Ici donc, pas plus qu'en matière de testament, je crois qu'on ne doit avoir aucun égard au temps intermédiaire. » (T. IV, n° 17 *bis*, VII.)

Nous aurions beaucoup de peine à admettre cette doctrine.

Il est vrai que, en matière de testament, la volonté du testateur une fois légalement exprimée, est réputée durer toujours, et qu'elle survit même à l'incapacité intermédiaire de droit et de fait, qui aurait cessé à l'époque du décès; mais c'est que le testament une fois légalement fait, est, disait Justinien, *negotium recte factum* (*infra*, n° 713).

Telle n'est pas la déclaration de donation de la part du donateur! déclaration qui forme, au contraire, l'un des termes d'un véritable contrat, et qui ne peut se

soutenir qu'autant que l'acceptation arrive assez à temps pour l'empêcher de s'évanouir par suite de l'incapacité de celui qui l'a faite (*supra,* n° 20).

Si la doctrine, que nous combattons, était admise, il faudrait aller jusqu'à dire que le donataire pourrait accepter même *durant* l'incapacité de celui qui a fait la déclaration de donation !

Et Demante a, en effet, accepté cette conséquence (*loc. supra cit.*).

D'où il résulterait que la déclaration de donation faite par un homme sain d'esprit, pourrait être acceptée après son interdiction ; que celle faite par une femme, fille ou veuve, pourrait être acceptée après son mariage ; que celle faite, enfin, par une personne jouissant de ses droits civils, pourrait être acceptée après sa condamnation à une peine afflictive perpétuelle, pour le cas où ces différentes incapacités viendraient à cesser ensuite !

Or, ces différentes déductions seraient, à notre avis, tout à fait impossibles !

702. — Quant au donataire, tout le monde reconnaît qu'il doit être capable au moment de l'acceptation.

Capable, disons-nous, de droit ; car nous avons déjà remarqué que sa capacité de fait, à lui, n'est pas nécessaire (*supra*, n° 695).

Mais il faut qu'il ait, à ce moment, la capacité légale de recevoir par donation entre-vifs.

Et c'est ainsi que la déclaration de donation faite au profit d'une personne qui était alors capable de droit, ne pourrait pas être acceptée, si cette personne avait ensuite, avant toute acceptation, perdu cette capacité !

Mais, au contraire, la déclaration de donation faite au profit d'une fille qui se serait mariée depuis, pour-

rait être valablement acceptée par elle avec l'autorisation de son mari (*voy.* les citations, *supra*, n° 700).

703 — C'est une question controversée que celle de savoir si le donataire doit être capable aussi à l'époque de la déclaration de donation.

Nous avons déjà remarqué toutefois que, d'après le sentiment le plus général, sa capacité ne serait pas requise à cette époque; et même beaucoup de jurisconsultes enseignent qu'il n'est pas nécessaire qu'il soit encore conçu (*voy.* aussi, D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et testam.*, n°s 486, 487).

D'autres, tout en exigeant que le donataire soit au moins conçu à l'époque de la déclaration du donateur de vouloir donner, concèdent qu'il n'est pas nécessaire qu'il ait la capacité légale de recevoir; et c'est ainsi que M. Coin-Delisle (art. 932, n° 9) est d'avis qu'une déclaration de vouloir donner, qui ne pourrait pas être faite au profit d'un enfant non encore conçu, aurait pu être valablement faite au profit d'un mort civilement, et pourrait être faite valablement aujourd'hui au profit d'un condamné à une peine afflictive perpétuelle; de manière à ce que l'acceptation en serait valable, si elle avait eu lieu après que le donataire aurait été relevé de son incapacité.

Nous avons déjà exposé les motifs qui nous portent à penser que le donataire doit être non-seulement conçu, mais encore capable de droit, à l'époque de la déclaration du donateur de vouloir donner (*supra*, n° 579).

704. — Et ces motifs sont tels qu'il en résulte, suivant nous, que cette capacité du donataire doit subsister intacte durant tout le temps intermédiaire entre la déclaration du donateur et l'acceptation; de sorte que l'acceptation serait devenue impossible, si, dans cet intervalle, le donataire avait encouru une

incapacité légale de recevoir, lors même qu'il en aurait été relevé à l'époque où il aurait fait son acceptation (*voy.* l'article 3 de la loi du 31 mai 1854).

705. — Nous avons dit qu'il y avait une troisième époque à considérer, dans le cas où l'acceptation de la donation entre-vifs a eu lieu par un acte postérieur et séparé (*supra*, n° 698).

C'est l'époque de la notification, qui, aux termes de l'article 932, doit être faite de cette acceptation au donateur.

Mais, pour apprécier les conditions de capacité du donateur et du donataire sous ce rapport, il faudrait d'abord examiner par quels motifs et dans quel but le législateur de notre Code a exigé cette notification, que le droit antérieur n'exigeait pas ; et nous ne pourrions entreprendre ici cette étude sans commettre une véritable digression ; il est donc plus logique de renvoyer l'explication de tout ce qui concerne cette notification, à la place où nous aurons à nous occuper des formes de la donation entre-vifs (comp. le tome III de ce Traité, n°s 138 et suiv.).

706. — B. Il nous reste à examiner à quelle époque est requise la capacité de disposer et de recevoir par testament.

Le droit civil romain s'était montré, en cette matière, d'une grande rigueur.

On sait la célèbre règle catonienne :

« Quod, si testamenti facti tempore decessisset te-
« stator, inutile foret, id legatum, quandocumque de-
« cesserit, non valet. » (L. 1, ff. *De regul., caton.;* ajout. L. 29 et L. 210, ff. *De regul. juris.*)

C'est-à-dire qu'il fallait que toutes les conditions de capacité active et passive se trouvassent réunies au moment de la confection du testament ; et que, par conséquent, il n'aurait pas suffi que le testateur fût

alors capable de disposer, si le légataire n'avait pas été capable aussi de recevoir.

Et la capacité de disposer était, en outre, exigée dans la personne du testateur, durant tout le temps intermédiaire entre la confection du testament et son décès ; de sorte que le testament devenait *irritum* par le seul fait de la *capitis diminutio*, qu'il avait une fois encourue (Inst. de Just., *Quib. mod. testam. infirm.*, §§ 4 et 5).

Mais le droit Prétorien avait apporté à cette rigueur primitive certains adoucissements ; c'est ainsi qu'il appliquait la maxime : *media tempora non nocere*, à l'incapacité intermédiaire du testateur, comme le droit civil lui-même, d'ailleurs, l'appliquait à l'incapacité intermédiaire du légataire (Inst. de Just., *loc. supra*, § 6 ; L. 6, § 3, ff. *De hæred. instit.*; comp. Machelard, *Étude sur la règle catonienne, en droit romain*, Revue historique de droit français et étranger, 1862, t. VII, p. 313 et suiv.).

707. — Nos anciens auteurs français s'étaient aussi occupés de cette thèse ; mais elle était, entre eux, fort controversée.

Ricard écrivait qu'elle était, pour les testaments, *bien plus difficile à démêler* que pour les donations (part I., n° 795) ; et Furgole reprochait aux interprètes d'en avoir fait *l'une des questions les plus intriguées de tout le droit!* (*Des Testam.*, ch. IV, n° 12.)

La grande difficulté, surtout, qui les divisait, consistait à savoir si *la règle de Caton* devait être admise ou rejetée par la jurisprudence française.

Et cette difficulté était, en effet, très-débattue soit dans les provinces coutumières, soit même aussi dans les provinces de droit écrit.

Plusieurs soutenaient la règle catonienne, et que le légataire devait être capable de recevoir à l'époque

de la confection du testament, sinon dans les dispositions conditionnelles, auxquelles cette règle ne s'appliquait pas (L. 4, ff. *h. t.*), du moins dans les dispositions pures et simples. Telle était notamment la doctrine de Furgole, qui ne voyait qu'une exception particulière à cette règle dans l'article 49 de l'Ordonnance de 1735, d'après lequel l'institution faite au profit d'enfants à naître était valable, pourvu qu'ils fussent nés ou conçus lors du décès du testateur (chap. VI, nos 18-20; ajout. Lemaître, *sur la Cout. de Paris*, tit. XIV, p. 435).

Mais le sentiment contraire était plus général; Ricard le défendait avec des raisons excellentes (*des Donations*, part. I, nos 829, 830); et Pothier faisait sommairement justice de la règle catonienne, en disant que « *n'étant fondée que sur une subtilité, elle ne doit pas avoir lieu parmi nous.* » (*Introd. au tit.* XVI *de la Cout. d'Orléans*, n° 41; ajout. Bourjon, *Droit comm. de la France*, tit. IV, chap. II, sect. II, quest. 2, n° 4; Rousseau de la Combe, *Jurisp. civ.*, v° *Legs*, sect. IX, § 7; Domat, IIe part., liv. V., sect. II, n° 31; Ferrières, *Intr. au droit français*, sur le paragraphe 4 des Inst., *de hæred. qualit. et differ.*; Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 3, n° 1).

708. — Sans méconnaître ce que cette thèse renferme encore aujourd'hui d'obscurités, nous croyons toutefois qu'elle est, sous notre droit nouveau, plus simple et plus facile à résoudre.

Il convient, à cet égard, d'examiner successivement à quelle époque est requise la capacité :

Soit de disposer, dans la personne du testateur;

Soit de recevoir, dans la personne du légataire.

709. — I. Et d'abord, relativement au testateur, trois époques sont à considérer :

a. Celle de la confection du testament;

b. Celle de la mort;

c. Enfin, l'époque intermédiaire entre la confection du testament et la mort.

710. — *a*. Que le testateur, à l'époque de la confection du testament, doive être tout à la fois capable de droit et capable de fait, c'est là une règle, qui a toujours été reconnue (*voy*. aussi *supra*, n° 695).

Il faut qu'il soit capable de droit, puisque c'est à cette époque, en effet, qu'il exerce la faculté de disposer, et *qu'il travaille*, disait Ricard, *à la solennité du testament* (part. I, n° 797).

Il faut qu'il soit capable de fait, puisqu'il manifeste alors sa volonté (comp. Inst., *Quib non. est permiss. fac. testam.* § 1 et seq.; Demante, *Thémis*, t. VII, p. 135; et *Cours analyt.*, t. IV, n° 36).

711. — Cette double capacité lui est, disons-nous, indispensable à cette première époque.

D'où il suit que si le testateur avait manqué, soit de l'une, soit de l'autre, son testament serait nul et devrait être, aux yeux de la loi, considéré comme non avenu.

Vainement, aurait-il recouvré depuis et aurait-il eu, à l'époque de sa mort, la capacité, soit de droit, soit de fait, qui lui manquait à l'époque de la confection du testament!

Son testament n'en demeurerait pas moins nul.

C'est ainsi que le testament fait par un mineur au-dessous de seize ans serait nul, lors même que le testateur décéderait en majorité, sans l'avoir changé (*voy*. aussi *supra*, n° 498).

Et le testament fait par un insensé, dans un état d'insanité d'esprit, n'en resterait pas moins nul, lors même qu'il aurait recouvré la raison à l'époque de sa mort.

On objecterait inutilement que, en maintenant son

testament, le testateur a témoigné de sa persévérance de la même volonté.

La réponse est que, aux yeux de la loi, il n'y a jamais eu de testament : *quia nullæ tabulæ sunt testamenti!*

Sous ce rapport, il est vrai de dire que la règle catonienne est encore en vigueur parmi nous (L. 19, ff. *De testam.;* L, 8, § 1, ff. *Qui testam. fac. poss.;* comp. Grenoble, 7 juill. 1811, Caudy, Sirey, 1813, II, IV; Cass., 30 août 1820, Tricaud de la Goutte, Sirey, 1820, I, 442; Paris, 10 nov. 1820, Rouvel, Sirey, 1824, II, 351; Agen, 23 juin 1824, Cabrillac, D., 1825, II, 9; Cass., 26 nov. 1856, Julien, Dev., 1857, I, 129; Toullier, t. III, n° 86; Duranton, t. VIII, n° 175; Grenier, t. I, n° 139, et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *b;* Coin-Delisle, art. 902, n°s 2, 3; Troplong, t. II, n° 430; Demante, *loc. supra;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 453; Massé et Vergé, t. III, p. 50; *voy.* aussi notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 73).

712. — *b.* A la seconde époque, celle du décès, il faut aussi que le testateur soit capable de droit; car c'est à cette époque, que s'accomplit la transmission testamentaire; et il doit dès lors être capable de transmettre par testament (comp. art. 25 du Code Nap.; art. 3 de la loi du 31 mai 1854).

Mais il n'est pas nécessaire qu'il soit capable de fait :

« *Nam neque testamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit.* » (Inst., *Quib. non est permiss. facere testam.*, § 1).

C'est que, en effet, la volonté testamentaire, une fois légalement exprimée, *recte factum*, est réputée durer, tant qu'une volonté contraire n'a pas été exprimée

légalement. La fureur, la démence et autres accidents du même genre sont bien des obstacles à l'exercice du droit; mais ils ne détruisent pas le droit lui-même; et il n'y a pas non plus de motif pour qu'ils détruisent les effets du droit antérieurement et régulièrement exercé!

Et, en vérité, il le faut bien ainsi! est-ce que les défaillances de la vie intellectuelle ne précèdent pas toujours, et souvent même à de longs intervalles, le moment suprême où la vie physique s'éteint tout à fait!

Aussi, la double proposition, que nous venons de poser, est-elle certaine.

713. — *c.* Reste l'époque intermédiaire.

Ce que nous venons de dire a, par avance, prouvé qu'il n'est pas nécessaire que le testateur conserve la capacité de fait dans l'intervalle de l'époque de la confection du testament à l'époque de sa mort; car si cette capacité n'est pas requise à l'époque même de sa mort, *à fortiori* ne doit-elle pas l'être dans le temps intermédiaire.

Mais il faut même en dire autant de la capacité de droit.

Il est vrai que, d'après le droit civil romain, l'incapacité légale du testateur, survenue dans le temps intermédiaire, suffisait pour rendre le testament *irritum* (*supra*, n° 706).

Mais nous avons vu aussi que le droit Prétorien avait corrigé cette rigueur; et il donnait, en effet, alors à l'institué la possession de biens *secundum tabulas* (Inst., *Quib. mod. testam. infirm.*, § 6).

Notre ancien droit français avait admis aussi la maxime Prétorienne : *media tempora non nocere.*

Et cette maxime est trop conforme à la raison, pour que notre droit nouveau ne l'ait pas adoptée également.

Concluons donc que cette lacune momentanée, cette espèce d'éclipse dans la capacité civile du testateur, n'empêche pas le testament d'être valable, lorsqu'elle a disparu à l'époque de son décès (comp. Cass., 13 nov. 1816, Besson; Colmar, 31 juill. 1823, Meinrod-Munch, D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et testam.*, n° 490; Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, t. XVII, p. 645, n° 2; Toullier, t. III, n°s 86, 87; Grenier, t. I, n° 139; et Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *c*; Demante, *Thémis*, t. VII, p. 135, 136; et *Cours analyt.*, t. IV, n° 36 *bis*, I et II; Coin-Delisle, art. 902, n° 9; Troplong, t. II, n° 431).

714. — Tel nous paraît être le principe.

Et nous n'aurions pas hésité à l'appliquer dans le cas où le testateur aurait encouru (avant la loi du 31 mai 1854) la mort civile dans le temps intermédiaire (art. 30); pas plus que nous n'hésiterions à l'appliquer à toute autre incapacité civile, qui pourrait être encore introduite par la loi.

Mais faut-il appliquer aujourd'hui ce principe au cas où le testateur aurait été frappé, dans le temps intermédiaire, d'une peine afflictive perpétuelle?

Nous avons dit ailleurs les motifs, qui nous en font douter; l'article 3 de la loi du 31 mai 1854 déclarant *nul*, dans ce cas, le testament de celui qui a encouru cette peine! (*Voy.* notre *Traité de la Publication*, *des effets et de l'application des lois*, *etc.*, *Appendice sur la loi du* 31 *mai* 1854, n° 29.)

715. — II. Nous n'avons plus qu'à examiner à quelle époque est requise, dans la personne du légataire, la capacité de recevoir.

a. Et d'abord, faut-il que le légataire soit capable, sinon de fait, au moins de droit, à l'époque de la confection du testament?

Le droit romain l'exigeait ainsi; mais c'était là une conséquence soit des formes solennelles du testament

per æs et libram, dans lequel l'héritier institué, jouant le rôle d'*emptor familiæ,* devait être, en effet, capable au moment de la mancipation, soit surtout de la règle catonienne. (*Voy.* toutefois Machelard, *Étude sur la règle catonienne,* Revue historique de droit français et étranger, 1862, t. VIII, p. 11.)

Ces motifs sont étrangers à notre droit; aussi, avons-nous vu que la plupart de nos anciens jurisconsultes étaient d'avis que la capacité du légataire ne devait pas être exigée, en France, à l'époque de la confection du testament (*supra,* n° 707).

Cette doctrine doit être encore certainement aujourd'hui la nôtre :

1° Aux termes de l'article 906, il n'est pas nécessaire que le légataire soit conçu à l'époque de la confection du testament; il suffit qu'il soit conçu à l'époque du décès du testateur.

Or, quelle incapacité pourtant est plus grande que celle du néant!

Nous savons bien que l'article 49 de l'Ordonnance de 1735 avait déjà posé cette règle; et que l'on n'avait pas cru qu'elle eût ainsi abrogé la règle antérieure, qui exigeait que l'héritier institué fût capable lors de la confection du testament.

Mais il serait difficile de se montrer satisfait de cette théorie; Furgole a beau dire que *l'institution d'une personne non encore née ni conçue renferme cette condition tacite : si elle vient à naître,* et qu'elle échappe ainsi, comme institution conditionnelle, à l'application de la règle catonienne (chap. VI, n° 19); ce qui nous paraît certain, en raison, c'est que lorsqu'une loi décide qu'il n'est pas nécessaire que le légataire soit conçu à l'époque de la confection du testament, on doit logiquement en conclure qu'elle n'exige pas qu'il soit capable à cette époque.

2° Eh! pourquoi donc en effet l'exigerait-elle, puisque le légataire ne joue alors aucun rôle et n'acquiert encore aucun droit! (*Supra*, n° 28.)

3° Un arrêt de la Cour de cassation, du 27 novembre 1848, semblerait consacrer une doctrine contraire (Aigoin, Dev., 1849, I, 12); mais il suffit de lire l'espèce sur laquelle cet arrêt a statué, pour reconnaître que, malgré la généralité peut-être un peu trop grande, en effet, de l'un de ses motifs, il a fait l'application des vrais principes à cette espèce, où il s'agissait d'une incapacité relative, c'est-à-dire non pas seulement de l'incapacité du légataire de recevoir, mais aussi de l'incapacité du testateur de disposer (*infra*, n° 726).

Nous concluons donc que la capacité du légataire n'est point requise à l'époque de la confection du testament; et voilà bien ce qui résulte aussi de l'article 1043, d'après lequel il suffit que le légataire *se trouve* ultérieurement capable de recueillir le legs (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 3, n° 1; Chabot, *Quest. transit.*, t. II, § 6; Grenier, t. I, n° 140; Toullier, t. III, n° 90; Duranton, t. VIII, n°s 230-233; Coin-Delisle, art. 906, n° 9; Vazeille, art. 902, n° 9; Poujol, art. 906, n° 6; Marcadé, art. 906; Troplong, t. II, n°s 435-438; Demante, *Thémis*, t. VII, p. 137-140, et *Cours analyt.*, t. IV, n° 37; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 454; Massé et Vergé, t. III, p. 50).

716. — *b.* A plus forte raison, est-il évident que la capacité du légataire n'est pas requise durant l'époque intermédiaire entre la confection du testament et le décès du testateur!

Aussi, l'article 906 ajourne-t-il, en ce qui le concerne, *à l'époque du décès*, la condition de capacité.

717. — *c.* C'est donc à cette troisième époque, à celle du décès du testateur, que nous avons à examiner la capacité du légataire.

Parlons d'abord du cas où le legs est pur et simple.

Point de doute, alors, que le légataire ne doive avoir la capacité de droit; car c'est à cette époque qu'il exerce la faculté de recevoir à titre gratuit (comp. art. 25, 906, 1014, Cod. Napol.; art. 3 de la loi du 31 mai 1854).

Quant à sa capacité de fait, elle n'est pas nécessaire; d'autant moins que le legs lui est acquis de plein droit (art. 1014); et d'ailleurs, s'il est en état de minorité ou d'interdiction, etc., il pourra être représenté, ou assisté, ou autorisé, suivant les cas, d'après les règles du droit commun (*supra*, n° 695).

718. — Mais que faut-il décider, s'il s'agit d'un legs conditionnel, c'est-à-dire d'un legs subordonné à une condition suspensive, qui pourrait ne s'accomplir qu'à une époque postérieure à celle de la mort du testateur ?

Est-il encore nécessaire que le légataire soit capable à cette dernière époque ?

Ou, au contraire, ne suffit-il pas, dans ce cas, qu'il soit capable à l'époque de l'événement de la condition?

Cette dernière solution est généralement enseignée :

1° On la fonde d'abord sur l'autorité du droit romain et de notre ancien droit français, d'après lesquels il était admis que la seule époque à considérer, pour la capacité de recevoir un legs conditionnel, était celle de l'événement de la condition (comp. L. 41, § 2, ff. *De legat.*, 3°; L. 4, ff. *De regul. catonianâ;* L. 59, § 2, ff. *De hæred. instit.;* Ricard, part. I, n° 831; Furgole, chap. VI, n°s 42-45).

2° Le Code Napoléon a conservé, dit-on, ces traditions; et la preuve en est surtout dans l'article 1040, qui, rapproché des articles 1014 et 1041, atteste que les auteurs du Code Napoléon ont considéré aussi que le *dies cedit*, le jour de l'ouverture du droit, n'avait

lieu dans le cas d'un legs conditionnel, qu'à compter de l'événement de la condition, et non point, comme dans le cas d'un legs pur et simple ou à terme, à compter du décès du testateur.

3° Cette doctrine, d'ailleurs, n'est-elle pas conforme aux principes en même temps qu'à la raison et à l'équité?

En principe, la capacité du légataire n'est requise que pour qu'il puisse acquérir à titre gratuit; et dès lors elle ne doit être requise qu'à l'époque où il acquiert; or, quand le legs est conditionnel, le légataire ne l'acquiert qu'à l'époque de l'événement de la condition; donc, ce n'est qu'à cette époque qu'il est nécessaire qu'il soit capable.

Et en équité, en raison, pourquoi s'opposerait-on à ce qu'un legs soit fait à une personne incapable, sous la condition qu'elle se trouvera capable à l'époque de l'événement de la condition ? (comp. Cass., 4 germinal an XIII, Lemettre, D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et testam.*, n°s 334 et 494; Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 3, n° 4; Toullier, t. III, n°s 92, 93; Duranton, t. VIII, n°s 229-231-233; Grenier, t. I, n° 142, et Bayle-Mouillard, *h. l.* note *a;* Vazeille, art. 902, n° 10; Coin-Delisle, art. 1041, n° 3; Troplong, t. II, n° 439; Zachariæ, Massé et vergé, t. III, p. 50; Aubry et Rau, t. V, p. 455).

Nous ne méconnaîtrons pas la gravité de cette argumentation; et pourtant, notre avis est que la doctrine contraire serait plus juridique :

1° L'article 906, en décidant *qu'il suffit* que le légataire soit conçu à l'époque du décès du testateur, décide virtuellement, suivant nous, par cela même, *qu'il est nécessaire* que le légataire soit conçu au moins à cette époque sans aucune distinction entre les legs purs et simples et les legs conditionnels.

Soutiendrait-on, en effet, que l'article 906 n'est pas applicable dans le cas d'un legs conditionnel, et qu'il suffit alors que le légataire soit conçu à l'époque de l'événement de la condition ?

Nous ne pouvons pas le croire ; et Furgole lui-même ne l'a pas entrepris ! il convenait que l'article 49 de l'Ordonnance de 1735, que notre article 906 a reproduit, s'appliquait aux dispositions conditionnelles aussi bien qu'aux dispositions pures et simples (*des Testam.*, chap. VI, n° 18).

Et pourquoi exige-t-on que, même dans le cas d'un legs conditionnel, le légataire soit conçu à l'époque du décès du testateur ?

C'est, dit-on, parce qu'on ne concevrait pas qu'on pût être légataire d'une personne, si on n'avait pas au moins commencé à exister de son vivant ; c'est, en un mot, parce que la simultanéité de l'existence du testateur et du légataire est la condition indispensable de la transmission qui doit s'opérer de l'un à l'autre.

Nous le croyons tout à fait ainsi.

Mais alors nous demandons si l'existence civile du légataire à l'époque du décès du testateur, n'est pas, devant la loi, une condition aussi indispensable que son existence naturelle !

Comment ! est-ce que, devant la loi civile, celui qui était mort civilement à l'époque du décès du testateur, pouvait être considéré comme ayant existé à cette époque ? (comp. art. 25, 30) et depuis la loi du 31 mai 1854, est-ce que l'individu, qui, à l'époque du décès du testateur, était condamné à une peine afflictive perpétuelle, peut être considéré, devant la la loi civile et au point de vue de la faculté de recueillir, comme ayant existé à l'époque du décès de ce testateur !

Lors donc que l'article 906 exige que le légataire,

même conditionnel, soit conçu à l'époque du décès du testateur, ce qu'il exige, par cette formule, c'est, plus généralement, que le légataire, même conditionnel, soit capable de recevoir à cette époque.

2° Et l'article 906 ainsi entendu nous paraît consacrer les véritables principes.

On objecte que la capacité de recevoir, dans le légataire, ne doit être exigée qu'à l'époque où il reçoit !

Nous l'admettons nous-même.

Mais, précisément, une fois la condition accomplie, le légataire est réputé rétroactivement avoir recu le legs dès l'époque de la mort du testateur; donc, il doit avoir été capable dès cette époque.

Mais on nie que, dans les legs, la condition accomplie ait un effet rétroactif.

Nous avons déjà répondu (*supra*, n° 96), et nous demandons encore, si on nie cette rétroactivité, comment s'accomplira la transmission entre le testateur et le légataire ?

Il faudra donc admettre que l'héritier ab intestat servira d'intermédiaire, et que la propriété de la chose léguée aura reposé sur sa tête durant tout l'intervalle entre la mort du testateur et l'événement de la condition.

Mais ce sont là les principes de la substitution, et nullement les principes du legs conditionnel (*supra*, n° 95); et en vérité, si on les applique au legs conditionnel, nous n'apercevons pas pourquoi on exige, dans le legs conditionnel, que le légataire soit conçu lors du décès du testateur !

La vérité est, suivant nous, que dans tous les legs, sans distinction, purs et simples ou conditionnels, la transmission s'opère toujours *recta via*, directement et sans aucun intermédiaire, entre le testateur et le légataire.

Or, si ce principe est vrai, la conséquence en doit être qu'il faut, dans tous les legs sans distinction, que le légataire soit capable de recevoir à l'époque du décès du testateur.

3° Est-ce que d'ailleurs le légataire conditionnel n'acquiert pas, dès avant l'événement de la condition, un certain droit, tout personnel sans doute et intransmissible héréditairement, mais enfin un droit éventuel, dont on pourrait dire : *spes est legatum iri* (*voy.* Inst., *De verbor. oblig.*, § 4); il est certain, en effet, que le légataire conditionnel peut exercer des mesures conservatoires (arg. de l'article 1180); et qu'il ne serait pas forcé par exemple, si le legs conditionnel avait pour objet une maison ou des bois, d'assister passivement et sans rien dire! à la démolition et à la dévastation qu'en ferait l'héritier (*voy.* Toullier, t. III, n° 93, note 2). Eh bien! permettrait-on ces mesures conservatoires de la part d'un prétendu légataire conditionnel, qui, à l'époque de la mort du testateur, se trouverait condamné à une peine afflictive perpétuelle! cela nous paraîtrait inadmissible; et si on ne le permettait pas, si on laissait l'héritier disposer en maître absolu de la chose léguée, et l'anéantir de manière à ce qu'il n'en restât plus rien, pour le cas où la condition s'accomplirait, en vérité, peut-on dire que nous ayons là un légataire conditionnel! (comp. Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. III, p. 50; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 242, 243; telle est aussi la doctrine de Demante, qui, après l'avoir combattue d'abord dans la *Thémis* (t. VII, p. 142 et suiv.), l'a ensuite adoptée dans son *Cours analytique*, t. IV, n° 38 *bis*).

719. — Et si cette doctrine est juridique, comme nous le croyons, il en résulte que le légataire conditionnel devrait conserver, sans interruption, la capacité de recevoir, durant tout le temps intermédiaire

entre la mort du testateur et l'événement de la condition.

720. — En résumé, de ce qui précède, il résulte :

D'une part, que la capacité du testateur est exigée à la double époque de la confection du testament et de la mort; mais différemment à l'une et l'autre, en ce sens qu'il doit être, à la première époque, capable de droit et de fait, et qu'il suffit qu'il soit capable de droit à la seconde époque;

Et, d'autre part, que la capacité du légataire est exigée à une seule époque, celle du décès du testateur en remarquant : 1° que si le legs est conditionnel, sa capacité doit subsister depuis le décès du testateur jusqu'à l'événement de la condition; 2° que l'on n'exige, pour lui, que la capacité de droit et non la capacité de fait.

721. — Cette théorie sera généralement d'une application facile, en ce qui concerne les incapacités absolues soit de disposer, soit de recevoir.

D'autant plus facile, en effet, que ces sortes d'incapacités sont, ainsi qu'on a pu le voir, très-peu nombreuses dans notre droit actuel.

Aujourd'hui que l'incapacité qui frappait les étrangers, a été effacée de nos lois, quelle incapacité absolue de recevoir pourrait-on citer autre que celle de l'individu condamné à une peine afflictive perpétuelle, qui a remplacé celle du mort civilement? si ce n'est peut-être encore celle du Français, qui se serait fait naturaliser en pays étranger sans autorisation (comp. notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application des lois*, etc., n° 188; Coin-Delisle, art. 902, n° 5; Demante, t. IV, n° 36 *bis*).

Il faut exister aussi sans doute, ou plutôt être conçu pour recevoir; c'est bien le moins! (*Supra*, n° 577).

Et quant aux incapacités absolues de disposer, si elles sont un peu plus étendues, la nomenclature n'en est pas non plus très-longue; car, après l'incapacité de l'individu condamné à une peine afflictive perpétuelle et celle du Français naturalisé sans autorisation, qui sont aussi incapables de disposer que de recevoir, on ne trouve plus guère que l'incapacité du mineur et celle des établissements publics non légalement reconnus (*voy.* d'ailleurs *supra*, n°s 412-458-462, etc.).

722. — Mais, au contraire, cette théorie sur les époques qui sont à considérer pour la capacité de disposer et de recevoir, peut rencontrer des difficultés fort délicates dans son application aux incapacités relatives.

Il est toutefois une de ces incapacités, à l'égard de laquelle nous n'éprouverons pas beaucoup d'hésitation; nous voulons parler de celle qui, par les motifs particuliers, sur lesquels elle est fondée, emprunte les règles et les effets de la quotité disponible et de la réserve.

Il est vrai que Toullier a paru considérer comme constituant une incapacité personnelle, la limite que le législateur apporte, en faveur des enfants, aux libéralités faites par les ascendants, et réciproquement, en faveur des ascendants, aux libéralités faites par les enfants (t. III, n° 62). Mais c'est là, on peut l'affirmer, une inadvertance, que son honorable annotateur, M. Duvergier, a signalée, en remarquant fort justement que l'incapacité personnelle et l'indisponibilité réelle sont deux choses fort différentes! (*H. l.*, note *a*.)

Il est certain, effectivement, que, en matière d'indisponibilité réelle, la seule époque à considérer est celle du décès du disposant (art. 920);

Or, tel est, à certains égards, le caractère de l'incapacité relative que la loi a établie entre le père et la mère naturels et leur enfant;

Donc, l'époque à considérer, et la seule époque, pour savoir si la disposition faite par un père ou une mère au profit de son enfant naturel, peut être exécutée et dans quelle mesure, c'est l'époque du décès (*supra*, n° 557).

Et de là il suit que la disposition faite au profit de l'enfant naturel serait valable, aussi bien que si elle avait été faite au profit d'un enfant légitime, dans le cas où l'enfant naturel aurait été ensuite légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère (arg. des articles 333 et 920 ; comp. Pothier, *des Donat. testam.*, chap. III, sect. II, art. 3; Demante, *Thémis*, t. VIII, p. 149, 150, et *Cours analyt.*, t. IV, n° 39 *bis*, III; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 456).

723. — Le même principe serait applicable, dans tous les cas semblables où la prohibition de disposer au delà d'une certaine limite, n'ayant été introduite que dans l'intérêt de certains héritiers, se trouve ainsi subordonnée à une condition, qui ne peut se vérifier qu'à l'époque du décès (comp. art. 366, 908, 909-2°, 913, 915, 1048, 1049, 1098; et notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 77).

724. — C'est lorsqu'il s'agit des incapacités relatives décrétées par les articles 907 et 909, que l'application de la théorie que nous venons d'exposer, peut soulever des doutes sérieux.

L'incapacité relative ayant, en effet, ce caractère qu'elle produit, dans la personne du testateur, l'incapacité de disposer, en même temps que, dans la personne du légataire, l'incapacité de recevoir, il importe de préciser laquelle des deux personnes est alors à considérer pour la détermination des époques de capacité :

Si c'est la personne du testateur; auquel cas, il faudrait exiger la capacité à la double époque de la confection du testament et de sa mort;

Si c'est la personne du légataire; auquel cas, il suffirait d'exiger la capacité à l'époque de la mort du testateur.

Aussi, des dissidences assez graves se sont-elles ici produites.

Nous croyons, pour notre part, que puisque l'incapacité relative implique nécessairement l'incapacité de disposer dans la personne du testateur, il est indispensable de s'attacher à la double époque de la confection du testament et de la mort, afin d'apprécier, sous le rapport de la capacité, la validité du testament.

En vain, dirait-on que le légataire était capable à l'époque de la mort du testateur!

Nous pouvons d'abord répondre que l'incapacité du testateur, puisqu'elle est relative, se communique au légataire (*infra*, n° 725).

Mais, en admettant même qu'il n'en fût pas ainsi, on n'en serait pas plus avancé! car le testament, malgré la capacité du légataire à l'époque du décès, n'en serait pas moins nul par suite de l'incapacité du testateur, à l'époque de la confection du testament.

Telle serait notre doctrine.

Mais il importe, afin d'en apprécier exactement le caractère et la portée, de l'appliquer à des hypothèses précises.

Et nous allons en présenter deux applications principales, dans lesquelles elle se trouvera résumée tout entière :

725. — A. Supposons d'abord qu'un legs a été fait par un mineur devenu majeur au profit de son ancien tuteur, avant que le compte de tutelle eût été préalablement rendu et apuré.

Le compte est ensuite rendu et apuré.

Et c'est après cela que le testateur décède, sans avoir rien changé à son testament.

Ce testament est-il valable?

On a dit, pour l'affirmative, qu'il n'y avait là qu'une incapacité de recevoir, dans la personne de l'ancien tuteur; et que cette incapacité n'existant pas à l'époque du décès, rien ne faisait obstacle à la validité du testament (comp. Marcadé, art. 907, n° 111).

Mais nous avons déjà répondu qu'il n'y a pas seulement, dans ce cas, une incapacité de recevoir, et qu'il y a aussi et surtout une incapacité de disposer (*supra*, n° 498);

Or, d'une part, la capacité du testateur doit exister à la double époque de la confection du testament et de la mort; d'autre part, le testateur n'était pas capable à l'époque de la confection du testament;

Donc, ce testament doit être déclaré nul.

Et ceci nous paraît prouver qu'il n'est pas exact d'avancer que le légataire, alors, soit capable à l'époque du décès; car l'incapacité du testateur rejaillit sur lui jusques à cette époque, puisque cette incapacité *respective* est, disait Ricard, *dépendante de la relation qu'ils ont ensemble* (*loc. snpra*); et cet aperçu paraît d'autant plus vrai que cette incapacité du testateur est fondée sur une présomption d'abus d'influence de la part du légataire lui-même! c'était l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation, que nous avons déjà cité (*supra*, n° 715; comp. Pothier, *sur l'article* CCXCVI *de la Cout. d'Orléans*, note *b;* Cass., 27 nov. 1848, Aigoin, Dev., 1849, I, 12; Demante, *Thémis*, t. VII, p. 149 et *Cours analyt.*, t. IV, n° 38 *bis*, I; Coin-Delisle, art. 907, n°s 2 et 15; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 141, note *d;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 456).

726. — B. Supposons maintenant l'hypothèse inverse.

C'est un mineur âgé de plus de seize ans, qui a fait un legs à un de ses parents ou à un étranger (peu im-

porte), qui n'était pas son tuteur, à l'époque de la confection du testament.

Ensuite le légataire devient son tuteur; et le mineur décède.

Le legs est-il valable ?

L'affirmative a été enseignée ; et telle est notamment la doctrine de Demante (t. IV, n° 39 *bis*, I).

On peut présenter, en ce sens, deux arguments principaux, que voici :

1° La restriction apportée par l'article 907 à la capacité testamentaire du mineur âgé de plus de seize ans, repose uniquement sur la présomption d'une suggestion attentatoire à l'indépendance de sa volonté; et la vérité est qu'elle constitue ainsi, dans la personne du testateur seulement, une incapacité de *fait ;*

Or, il suffit que le testateur ait eu la capacité de fait, à l'époque de la confection du testament, sans qu'il soit nécessaire qu'il l'ait encore à l'époque de son décès (*supra*, n° 720) ;

Donc, le testament fait par le mineur au profit de celui qui n'était pas son tuteur, à l'époque de la confection du testament, est valable, quoique le légataire soit devenu son tuteur à l'époque de son décès.

Et, en effet, la présomption d'abus d'influence, sur laquelle l'article 907 est fondé, fait alors complétement défaut, puisque le légataire n'était pas son tuteur à l'époque où il a fait son testament.

2° Cette solution serait incontestable, s'il s'agissait de l'application de l'article 909; il est certain, d'après les termes mêmes de cet article, que le legs fait au médecin ou au ministre du culte avant le commencement de la maladie, est valable, quoique ensuite le testateur ait été traité ou assisté par le légataire durant

la maladie, dont il est mort ; car l'article 909 ne s'applique qu'aux dispositions qui auraient été faites en leur faveur *pendant le cours de cette maladie.*

Or, les motifs sur lesquels repose l'article 909, sont, de tous points, les mêmes que ceux sur lesquels repose l'article 907 ; ce que le législateur a craint et ce qu'il a voulu prévenir, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, c'est un abus d'influence qui aurait été peut-être la cause déterminante de la disposition ; et par conséquent il faut que cet abus ait pu exister, au moment où la disposition a été faite ; voilà ce que décide l'article 909.

Et il y aurait une évidente contrariété de doctrine et une contradiction manifeste entre les articles 907 et 909, si le legs fait par le mineur à celui qui n'était pas encore son tuteur, était nul ; tandis que le legs fait par le malade à celui qui n'était pas encore son médecin, serait valable!

Notre avis est pourtant que cette théorie est inadmissible, et qu'il faut, en effet, déclarer nul le legs qui a été fait par le mineur à celui qui, n'étant pas encore son tuteur, lors de la confection du testament, l'est ensuite devenu à l'époque du décès;

1° L'argument capital sur lequel Demante s'est surtout fondé, consiste à dire que l'article 907 constitue seulement, pour le testateur, une incapacité *de fait,* se référant à la condition d'intégrité de volonté ; et que, dès lors, il n'y a lieu de s'attacher qu'à l'époque de la confection du testament, dans ce cas comme dans tous les autres où il ne s'agit que de savoir si le testateur a été capable de fait.

Or, précisément, c'est là une proposition qui nous paraît tout à fait inexacte!

Ce que l'article 907 prononce, au contraire, très-certainement, suivant nous, c'est une incapacité *de*

droit, une incapacité légale et civile ! Il est vrai que le législateur, pour prononcer cette incapacité, a été déterminé par des motifs déduits de la possibilité des suggestions et des abus d'autorité ; mais ce n'en est pas moins une incapacité *de droit* qu'il a prononcée; tel est le caractère et le résultat de l'incapacité que décrète l'article 907 (*supra*, n° 406) ;

Or, nous avons vu que la capacité de droit doit exister, dans la personne du testateur, non-seulement à l'époque de la confection du testament, mais encore à l'époque de son décès (*supra*, n° 720) ;

Donc, le testament fait par le mineur âgé de plus de seize ans au profit de celui qui n'était pas son tuteur, à l'époque de la confection du testament, n'en est pas moins nul, si le légataire était son tuteur à l'époque de son décès.

2° Cette exigence est d'ailleurs très-raisonnable et très-sage.

Ricard en donnait une explication excellente, lorsqu'il disait :

« Que s'il est nécessaire que (le mineur) soit en une pleine liberté, lorsqu'il fait son testament, il n'est pas moins nécessaire qu'il la conserve au temps de son décès ; *attendu qu'il doit mourir dans une pleine liberté de le pouvoir révoquer...* » (Part. I, n° 804.)

Et Pothier enseignait également, en termes fort explicites :

« Que les legs faits à des personnes à qui il est défendu de léguer par une loi précise, *tels qu'un tuteur*, ..., *sont nuls, quand même elles ne seraient devenues personnes prohibées que depuis le testament....* » (*Sur l'article* CCXCVI *de la Cout. d'Orléans*, note *b.*)

Cette doctrine nous paraît encore vraie ; et nous concluons que le legs fait par le mineur, dans l'hypothèse qui nous occupe, serait nul (comp. Coin-Delisle,

art. 902, n° 8 ; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, n° 141, note *d*).

727. — Mais reste l'argument que la doctrine contraire déduit de l'article 909, et auquel nous n'avons pas encore répondu.

Il faut bien en convenir, cet argument est fondé ; et l'on entreprendrait en vain de le détruire.

Il est très-vrai que, d'après l'article 909, le legs fait au profit de celui qui n'était pas encore le médecin ou le directeur spirituel du testateur, à l'époque de la confection du testament, est valable, lors même que le légataire serait ensuite devenu le médecin ou le directeur spirituel du testateur à l'époque de sa mort.

Le texte est formel ! (*Supra*, n° 524.)

Mais comment expliquer cette différence entre l'article 907 et l'article 909 ?

Il serait, à notre avis, difficile d'en fournir une explication satisfaisante pour la raison et pour la logique.

Et Ricard, en effet, dans notre ancien droit, appliquait les mêmes règles à toutes les incapacités relatives du tuteur, du médecin ou du confesseur sans distinction (*loc. supra cit.*).

Pourtant, nous croyons que c'est dans une considération historique qu'il faut chercher la cause de cette différence, pour ne pas dire de cette espèce d'anomalie et de contradiction, que nous constatons entre l'article 907 et l'article 909.

C'est que Pothier, en effet, contrairement à Ricard, avait fait autrefois cette différence !

A la suite du passage que nous venons de citer (*Supra*, n° 726), et dans lequel il décide que le legs fait par un mineur au profit de celui qui n'était pas encore son tuteur, lors de la confection du testament,

est nul, si le légataire est son tuteur à l'époque du décès, Pothier ajoute aussi, en termes très-explicites, cette autre proposition :

« Il n'en est pas de même des personnes, à qui il n'est défendu par aucune loi de léguer, quoiqu'on ait coutume de déclarer nuls les legs qui leur sont faits, comme étant présumés être l'effet de l'empire de ces personnes sur la volonté du testateur, tels que sont les directeurs, médecins, etc.; car si ce legs leur a été fait dans un temps où elles n'avaient pas encore cette qualité, n'y ayant pas lieu, en ce cas, à cette présomption, le legs doit être confirmé... » (*Sur l'article* CCXCVI *de la Cout. d'Orléans,* note *b.*)

Or, il est très-vraisemblable que le législateur de notre Code a emprunté à Pothier cette différence entre l'incapacité des tuteurs d'une part, et l'incapacité des médecins et des ministres du culte d'autre part.

La raison qu'en donnait Pothier, dans notre ancien droit, n'était pas, il est vrai, puisée dans une différence quelconque qui aurait existé entre l'une et l'autre situation; et il n'en signale, en effet, aucune; ce qu'il dit seulement, c'est que l'incapacité des tuteurs étant écrite *dans une loi précise*, était une incapacité *de droit*, une incapacité légale; tandis que l'incapacité des médecins et des confesseurs ne résultant *d'aucune loi*, était appliquée par la jurisprudence comme une sorte d'incapacité *de fait*, d'incapacité naturelle.

Mais, dès l'instant où les rédacteurs de notre Code consacraient, *par une loi précise*, l'incapacité des médecins et des ministres du culte (art. 909), aussi bien que l'incapacité des tuteurs (art. 907), il est évident qu'ils faisaient disparaître la différence unique, tout accidentelle d'ailleurs et extrinsèque, qui avait déter-

miné Pothier à faire sa distinction entre ces deux sortes d'incapacités.

Cette distinction, pourtant, n'en a pas moins été maintenue ; et, quel que soit le jugement, qu'on veuille en porter, nous croyons qu'il n'est pas possible de la méconnaître.

FIN DU DIX-HUITIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

DU DIX-HUITIÈME VOLUME.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE DEUXIÈME.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

Exposition générale. — Sommaire..... Page 1

PREMIERE PARTIE.

COMPRENANT ENSEMBLE LES DONATIONS ENTRE-VIFS ET LES TESTAMENTS.

Division..... 14

CHAPITRE PREMIER.

Dispositions générales relatives à la manière dont on peut disposer à titre gratuit. — Division..... 14

A.

De la forme, suivant laquelle on peut disposer de ses biens à titre gratuit. — Sommaire..... 15

B.

Du caractère intrinsèque des dispositions à titre gratuit. — Sommaire..... 45

§ I.

Des substitutions. — Exposition. — Division. — Sommaire... 46

I.

De l'origine et de l'histoire des substitutions en général. — Sommaire.....Page 47

II.

Quelles sont les substitutions, que l'article 896 frappe de sa prohibition. — Sommaire..... 64

III.

Quel est l'effet de la prohibition des substitutions. — Sommaire 200

§ II.

Des conditions impossibles ou qui sont contraires aux lois ou mœurs. — Sommaire..... 228

CHAPITRE II.

De la capacité de disposer et de recevoir par donation entre-vifs et par testament. — Division..... 355

SECTION I.

Quelles sont les causes d'incapacité de disposer et de recevoir, que le Code Napoléon a établies. — Division. — Sommaire.. 356

§ I.

Des incapacités absolues de disposer. — Sommaire..... 361

A.

De l'incapacité de disposer résultant de l'insanité d'esprit. — Sommaire..... 362

B.

De l'incapacité du mineur de disposer à titre gratuit. — Sommaire..... 430

C.

De l'incapacité de la femme mariée de disposer à titre gratuit. — Sommaire..... 480

D.

De l'incapacité de disposer à titre gratuit, qui frappe l'individu condamné à une peine afflictive perpétuelle; — ou celui qui se trouve en état d'interdiction légale. — Sommaire..... 487

E.

De certaines incapacités de disposer à titre gratuit, qui existaient dans notre ancien droit, et que notre droit nouveau n'a pas consacrées. — Sommaire..... 492

F.

De l'incapacité de disposer à titre gratuit, en ce qui concerne les faillis. — Sommaire..... 498

§ II.

Des incapacités relatives de disposer et de recevoir..... 499

A.

De l'incapacité du mineur ou de l'ex-mineur de disposer au profit de celui qui est ou qui a été son tuteur. — Sommaire..... 499

B.

De l'incapacité du malade de disposer au profit des docteurs en médecine ou en chirurgie, officiers de santé, pharmaciens ou ministres du culte. — Sommaire 527

C.

De l'incapacité des enfants naturels de recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre *des Successions*. — Sommaire..... 579

D.

De l'incapacité relative, spéciale aux congrégations et communautés religieuses de femmes, légalement autorisées, et aux membres de ces communautés. — Sommaire. 594

§ III.

Des incapacités absolues de recevoir. — Sommaire..... 602

§ IV.

Quelle est la sanction des incapacités de disposer et de recevoir, qui ont été établies par la loi. — Sommaire..... 647

SECTION II.

A quelle époque faut-il s'attacher pour apprécier la capacité de disposer et de recevoir? — Sommaire..... 713

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE, OU IL EST EXPLIQUÉ.

(Tome XVIII, art. 893-912.)

LIVRE TROISIÈME.

TITRE DEUXIÈME.

Des Donations entre-vifs et des Testaments.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
893.	16-18, 30-44.	16-18, 33-48.
894.	18-28, 30-44.	18-26, 33-48.
895.	28-30, 30-44.	27-32, 33-48.
896.	46-74, 85-228.	51-73, 85-192.
897.	64.	67.
898.	75-85.	74-84.
899.	132-146.	115-124.
900.	235-355.	193-320.
901.	366-430.	332-405.
902.	356-361, 487-492, 494-499, 595-602, 631-646, 683-746.	322-330, 457-462, 465-468, 568-576, 606-623, 692-727.
903.	432-480.	406-439.
904.	432-480.	*Id.*
905.	480-486.	440-456.
906.	605-621.	577-592.
907.	501-527.	470-498.
908.	579-594.	554-567.
909.	530-579.	499-553 *bis*.
910.	621-631.	593-604.
911.	650-712.	624-691.
912.	493-494, 631.	463-464, 605.

FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE.

BIBLIOTHECA

PARIS. — IMPRIMERIE DE CH. LAHURE
Rue de Fleurus, 9

La Bibliothèque
Université d'Ottawa

Echéance

Celui qui rapporte un volume après la dernière date timbrée ci-dessous devra payer une amende de cinq sous, plus un sou pour chaque jour de retard.

The Library
University of Ottawa

Date due

For failure to return a book on or before the last date stamped below there will be a fine of five cents, and an extra charge of one cent for each additional day.

a39003 008353665b

DATE DUE

CAT. NO. 1437